Subjektiv öffentliche Rechte und Reflexwirkung objektiven Rechtes im deutschen und preußischen Recht

Subjektiv öffentliche Rechte und Reflexwirkung objektiven Rechtes im deutschen und preußischen Recht

/

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von
Hans-Joachim Lemor
Referendar aus Breslau

1928

Berichterstatter:
Prof. Dr. Helfritz

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Literaturverzeichnis.

Aichele, P.: Souveränität und subjektiv öffentliches Recht. In „Kommunales Echo" Berlin, 55 Jahrg. Nr. 36. 1925.

Anschütz, G.: (I) Deutsches Staatsrecht. In „Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft", 4. Bd. 7. Aufl. 1914.

Anschütz, G.: (II) Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. 9. 1919. 3. und 4. Aufl. Berlin 1926.

Anschütz, G.: (III) Die Verfassungsurkunde für den Preußischen Staat vom 31. 1. 1850. 1. Aufl. Berlin 1912.

Apelt, W.: Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Leipzig 1920.

Boller, E.: In Schweizerischer Juristenzeitung. 21. Jahrg. Nr. 8. Zürich 1924.

Bühler, O.: (I) Die subjektiven öffentlichen Rechte. Berlin 1914.

Bühler, O.: (II) Zur Theorie des subjektiven öffentlichen Rechts. In Festgabe für Fritz Fleiner. Tübingen 1927.

Burchardt, E.; Entspricht den subjektiven öffentlichen Rechten immer eine Rechtspflicht des Berechtigten? Diss. Breslau 1909.

Burckhardt, W.: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung. 2. Aufl. Berlin 1914.

Engelmann, A.: Das Bürgerliche Recht Deutschlands. 6. Aufl. Berlin 1913.

Fleiner, F.: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts. 5. Aufl. Tübingen 1920.

Gerber, C. F.: Über öffentliche Rechte. Tübingen 1852.

Giese, F.: Die Grundrechte. 1. Aufl. Tübingen 1905.

Hatschek, J.: (I) Deutsches und preußisches Staatsrecht. Berlin 1922.

Hatschek, J.: (II) Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 3. und 4. Aufl. Leipzig 1924.

Heilfron, E.: Die deutsche Nationalversammlung im Jahre 1929. Berlin.

Helfritz, H.: Allgemeines Staatsrecht. Berlin 1924.

Herrnritt, R. H.: Grundlagen des Verwaltungsrechtes. Tübingen 1921.

Jellinek, G.: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1905.

Jellinek, W.: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.

Kelsen, H.: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Tübingen 1911.

Kopfstein, F.: Über den Zusammenhang der subjektiven öffentlichen Rechte mit der öffentlichen Rechtspflicht. Diss. Breslau 1909.

Kormann, K.: (I) Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts des Deutschen Reiches. In „Hirth's Annalen 1911 S. 850, 1912 S. 36, 195.

Kormann, K.: (II) System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.

Mayer, O.: (I) Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. München 1924.

Mayer, O.: (II) Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Vertrage. In Archiv für öffentliches Recht Bd. 3.

Meyer, G.: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechtes. 3. Aufl. Leipzig 1910.

Richter, L.: Das subjektive öffentliche Recht. Im Archiv des öffentlichen Rechts. Neue Folge 8. Bd. 1. Heft. 1925.

Schoen, P.: Deutsches Verwaltungsrecht. In „Kohlers Enzyklopädie der Rechtswissenschaft" 4. Band. 7. Aufl. 1914.

Siméon, P.: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. 10/11. Aufl. 1921.

Inhalt.

A. Problemstellung.

Als einst das Parlament dem Fürsten Bismarck das Gehalt streichen wollte, erklärte dieser in aller Ruhe, er werde alsdann den Betrag einklagen. Da den Abgeordneten der Ausgang einer solchen Klage nicht zweifelhaft war, zogen sie es vor, den Etatsposten weiter zu bewilligen.

Wenn ein in wirtschaftlicher Not befindlicher Staatsbürger die Gewährung von Armenunterstützung bei der mit deren Verteilung betrauten Behörde beantragt und diese sie ihm verweigert, wenn daraufhin sämtliche Beschwerden und Hinweise auf die gesetzlich gegründete Pflicht des Staates, sich der Armen anzunehmen, fruchtlos geblieben sind, so steht dem Antragsteller kein Klageweg offen, durch den er die Behörden veranlassen könnte, die in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen auch auf ihn anzuwenden.

Es ist also, obwohl in beiden Fällen Rechtsnormen bestehen, die den Staat zu Leistungen verpflichtet, dem Nutznießer dieser Bestimmungen nicht jedesmal der Rechtsweg gegeben, um sich in den Genuß der Leistung setzen zu können. Und in der Tat sagt das Gerichtsverfassungsgesetz in § 17 für die ordentlichen Gerichte: „Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtsweges", welchem Satze für die Verwaltungsgerichte §§ 50 ff., insbesondere § 60, des Landesverwaltungsgesetzes entsprechen.

Der Grund für den Unterschied in der Behandlung der genannten Fälle liegt darin, daß der Beamte ein subjektiv öffentliches Recht auf Zahlung des Gehaltes besitzt, während die Gewährung der Armenunterstützung für den Unterstützten nur die Reflexwirkung eines objektiven Rechtssatzes darstellt. Für den Anspruch des Berechtigten ist der Rechtsweg gegeben, bei der Reflexwirkung von Rechtsnormen entfällt er.

Aufgabe dieser Arbeit soll es sein, zu untersuchen, auf welchen Gründen dies beruht, fernerhin, wie jeder der beiden Begriffe aufzufassen ist, und schließlich, wann im geltenden deutschen und preußischen Recht subjektiv öffentliche Rechte und wann Reflexwirkung objektiven Rechtes vorliegen, insbesondere, woran dies zu erkennen ist.

B. Über die Begriffe „subjektiv öffentliches Recht" und „Reflexwirkung objektiven Rechtes".

1. Die historische Schule als Grundlage der Rechtsanschauung.

Rechtsbeziehungen entstehen, erst und stets, wenn mehrere Menschen miteinander in Berührung kommen. Der für sich allein lebende Mensch ist für das Recht irrelevant. Diese Auffassung der sogenannten Historischen Schule hat die einst herrschende Naturrechtslehre abgelöst, welche ein von Natur aus an sich bestehendes Recht annahm, das dem Menschen bereits in seinen Grundzügen vollendet entgegentrete. Das Recht wird vielmehr erst von der Menschengruppe nach ihrer Anschauung geschaffen, nach ihrem Willen werden die Berechtigungen gewährt und verteilt.

Die bei der gegenseitigen Annäherung mehrerer Menschen erwachsenden Beziehungen lassen Rechtssätze zur Entstehung gelangen, und zwar zunächst rein gewohnheitsmäßig, später durch ausdrücklichen Akt der Personengruppe. Diese Rechtsnormen, das objektive Recht, regeln die Rechtsbeziehungen. Das objektive Recht schafft subjektive Berechtigungen und Verpflichtungen, deren Träger die Rechtssubjekte sind; das objektive Recht ist also das Primäre, ohne welches keine subjektiven Rechte bestehen können. Zweck des subjektiven Rechts ist es, die Interessen der Rechtssubjekte zu schützen.

2. Die Notwendigkeit der Gleichberechtigung der Rechtssubjekte.

Es ist nun undenkbar, daß einzelne der Rechtssubjekte nur Rechte und andere ausschließlich Pflichten haben können; denn dann herrschen keine Rechts-, sondern nur tatsächliche Beziehungen. Der Sklave steht zu seinem Herrn in keinem Rechtsverhältnis, das Sklavenrecht ist das Recht des Sklavenbesitzers gegenüber anderen Rechtssubjekten. Die Rechtssubjekte, d. h. eben Subjekte eines R e c h t s zustandes, müssen daher notwendig gleichberechtigt sein. In der Praxis findet sich dann innerhalb dieser grundsätzlichen Gleichberechtigung oftmals viel subjektives Recht auf der einen und wenig auf der anderen Seite gewährt, aber selbst, wenn einem Rechtssubjekt auch alle Berechtigungen und einem anderen keine einzige zugeteilt sein sollte, so ist es ausgeschlossen, daß jenes nicht auch welche besitzen könnte.

3. Nachweis der Möglichkeit des Bestehens subjektiv öffentlicher Rechte.

a) Zum Begriff des Staates gehören notwendig subjektiv öffentliche Rechte gegenüber den Staatsbürgern.

Im Verhältnis zwischen den Rechtssubjekten Staat und Staatsbürger war die Frage des Bestehens von Berechtigungen lange Zeit hindurch umstritten. Und zwar erklärt sich dies historisch aus der überlegenen Stellung, welche der Staat durch Jahrhunderte seinen Untertanen gegenüber einnahm. Man sah wohl die Berechtigungen des Staates gegen das einzelne Staatsmitglied, jedoch hielt man es nicht für möglich, daß auch in entgegengesetzer Richtung subjektiv öffentliche Rechte bestehen könnten. Die Hauptargumente, welche gegen eine derartige Möglichkeit ins Feld geführt wurden, waren der Hinweis darauf, daß der Staat als berufener Gesetzgeber jede Rechtsnorm abzuändern in der Lage sei, welche ihn etwa verpflichten würde, und daß der Staat als eingesetzter Vollzieher der Rechtsnormen deren Durchsetzung gegen sich selbst richten und damit einen undenkbaren Selbstzwang ausüben müßte. Man hielt es daher für ratsamer, um den Konsequenzen der notwendigen Gleichberechtigung aus dem Wege zu gehen, die Berechtigungen des Staates, insbesondere diejenigen aus der Staatsgewalt, als Axiome und grundsätzlich anerkannte Ausflüsse seiner Hoheit zu bezeichnen, welche nicht als subjektiv öffentliche Rechte angesehen werden könnten. Ja sogar moderne Verfechter des Bestehens subjektiv öffentlicher Rechte des Einzelnen gegen den Staat erklären die Ansehung der staatlichen Berechtigungen als subjektiv öffentliche Rechte für „zum mindesten überflüssig und dem Verständnis der rechtlichen Allmacht des Staates hinderlich"[1]. Demgegenüber ist festzustellen, daß Axiom Grundsatz heißt, ein solcher ist aber niemals subjektives Recht sondern Norm, ist objektives Recht. Daraus ergibt sich die Unmöglichkeit, die Berechtigungen des Staates als Axiome zu bezeichnen. Sie beruhen vielmehr auf Rechtsnormen, die ihrerseits wieder auf Grund von Axiomen, Staatsgrundsätzen, oder auch aus nicht grundsätzlichen Anschauungen gesetzt worden sind. Mag also der Ursprung eines Rechtssatzes auch ein Axiom sein, die aus dem Rechtssatz entspringende Berechtigung des Staates kann nichts anderes darstellen als ein subjektiv öffentliches Recht.[2]

---

[1]) Vgl. O. Mayer I S. 104 ff.; Fleiner S. 154; Bühler I S. 6.

[2]) Vgl. G. Jellinek, S. 193 ff.; Anschütz I S. 87 ff; Kelsen S. 657, 633; Herrnritt S. 70.

Nach der heut herrschenden Auffassung über das Wesen von Körperschaften, der Theorie der realen Verbandsperson, ist Träger der Verbandspersönlichkeit und damit ihrer Rechte und Pflichten die Gesamtheit der Mitglieder. Die juristische Person ist danach nicht, wie im römischen und dem von diesem beeinflußten früheren deutschen Recht, eine von den Mitgliedern gelöste und ihnen fremd gegenüberstehende Rechtsperson, sondern die einzelnen selbst bilden in ihrer Zusammenfassung die Gesamtpersönlichkeit. Zum Begriff des Staates, als der wichtigsten Körperschaft, gehört aber nicht nur das Volk, sondern es ist dazu noch das Vorhandensein von Gebiet und Staatsgewalt erforderlich. Alle drei Elemente sind dem Staat unentbehrlich, und so sind Staat und Volk zwar bezüglich des Staatswillens, den die Staatsbürger in ihrer Gesamtheit bilden, eins, der Begriff Staat ist jedoch umfassender als der des Volkes.

Es fragt sich nun, ob die Staatsgewalt notwendig Rechte des Staates gegen den Staatsbürger enthält und welche Rechte dies sind. Staatsgewalt ist Herrschaft, herrschaftsberechtigt ist der Staat. Von wem die Staatsgewalt „ausgeht“, ausgeübt wird, unterliegt in jedem Falle der Regelung derer, die den Staatswillen im Gemeinwesen bilden und das Recht, also auch die Staatsverfassung, setzen. Je nach deren Auffassung von der wünschenswerten Gestalt des Staatsaufbaues kann die Ausübung Einzelpersonen oder dem Volk in seiner Gesamtheit übertragen werden.

Die Staatsgewalt selbst ist ein Recht des Staates gegenüber den Gewaltunterworfenen und wird in drei Formen ausgeübt, welche bereits Aristoteles erkannte: In Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung.

Alle entwickelten Staaten besitzen diese drei Rechte. Aber mit Ausnahme des Rechtes auf Staatsverwaltung wäre dies nicht unumgänglich notwendig, und ihre Zuteilung an den Staat geschieht nur aus praktischen Erwägungen heraus. Denn Rechtsnormen werden nicht allein durch Gesetzgebungsakt errichtet, sondern sie können auch, und das ist ursprünglich allgemein geschehen, rein gewohnheitsmäßig entstehen. Und auch ohne ein staatliches Recht auf Rechtsprechung wäre das Bestehen von Staatsgewalt denkbar. Mann könnte sich schließlich auf andere Arten der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten einigen, bei denen keine Mitwirkung des Staates stattfindet, wie z. B. das Loos oder das in der Geschichte mehrfach anerkannte Gottesgericht.

Die Verwaltung des Staatswesens durch den Staat ist jedoch auch im kleinsten und unentwickeltsten Gemeinwesen erforderlich. Daher ist es zur Bildung eines Staates unvermeidlich, daß diesem das Recht auf Verwaltung gegeben wird. Den Inhalt der Staatsgewalt bildet also zum mindesten die Verwaltungsberechtigung. Da diese nicht nur die Regelung von Fragen, die erst durch die Staatserrichtung zur Entstehung gelangen, umfaßt, sondern auch erheblich in die Interessen der einzelnen Staatsbürger und deren Wahrung eingreift, ist sie ein subjektiv öffentliches Recht des Staates gegenüber dem Einzelnen.

b) Der Staatsbürger muß subjektive Rechte gegen den Staat haben können.

Wie bereits dargelegt, müssen im Rechtsstaat die Rechtssubjekte theoretisch gleichberechtigt sein. Wenn daher der Staat notwendig Berechtigungen öffentlicher Natur gegen seine Angehörigen besitzt, so müssen auch die Einzelnen solche gegen den Staat haben können. Diese Möglichkeit ist in Wissenschaft und Praxis lange Zeit hindurch bestritten worden.

c) Die Theorien über die Möglichkeit des Bestehens subjektiv öffentlicher Rechte.

In der geschichtlichen Entwicklung der Staaten zeigt sich eine stete Fortentwicklung vom Machtstaat zum Rechtsstaat. Der Machtstaat in seiner ausgeprägtesten Form, der Tyrannis, ließ für subjektiv öffentliche Rechte der Einzelnen keinen Raum. In ihm war alle Berechtigung dem Machthaber zugeteilt. Die nächste Entwicklungsstufe bindet den Herrschenden zwar an göttliches oder natürliches Recht, seiner nach freiem Ermessen ausgeübten Herrschaft stehen jedoch subjektiv öffentliche Rechte der Untertanen noch nicht entgegen. Erst die moderne Auffassung des Rechtsstaates läßt die Frage nach öffentlichen Berechtigungen des Staatsbürgers zu, und es entbrannte ein heftiger Streit der Meinungen, ehe schließlich die Möglichkeit solcher Rechte allgemein anerkannt worden ist. Hierbei hatte die Praxis deren Bestehen bereits 20 Jahre lang bejaht, ehe die Wissenschaft sich einheitlich zu einer entsprechenden Stellungnahme entschließen konnte[1].

Einer der ersten, der sich im deutschen und preußischen Recht mit den subjektiv öffentlichen Rechten des Staatsbürgers befaßte, war um die Mitte des 19. Jahrhunderts C. F. Gerber[2]. Er erkannte bereits

[1]) Vgl. Bühler S. 5. [2]) a. a. O. S. 78 ff.

als Inhalt des „Untertanrechtes" ein Recht auf Einräumung einer staatsfreien Sphäre an, in der die Persönlichkeit ungehindert handeln dürfe. So könne nach ihm der Untertan z. B. die Zurücknahme einer Verfügung erlangen. Zu einer Qualifizierung dieser Berechtigung als subjektiv öffentliches Recht konnte er sich jedoch in Anbetracht der Überlegenheit des Staates nicht entschließen; denn der Staat setze und verändere nicht nur das Recht, sondern er erzwinge auch dessen Befolgung. Er habe es daher in der Macht, jederzeit Rechtssätze, die ihm eine Verpflichtung auferlegten, wieder umzustoßen, und es sei auch undenkbar, daß der Staat bei der Durchsetzung von Ansprüchen sich selbst zwingen könnte. Alle späteren Behandlungen der Frage begründen ihre Ablehnung der Möglichkeit des Bestehens subjektiv öffentlicher Rechte des Einzelnen auf dieselbe Weise. Den gesamten Verlauf des heute entschiedenen Streites darzulegen, würde indes zu weit führen[1]).

Die angeführten Argumente halten einer näheren Prüfung nicht stand. Wenn auch der Staat die Gesetze wieder aufheben kann, so binden sie ihn doch solange, als sie bestehen. Es liegt dies nicht anders als im Privatrecht, welches der Staat gleichfalls jederzeit abzuändern in der Lage ist, und wo doch das Bestehen von subjektiven privaten Rechten, auch gegenüber dem Staat in seiner Eigenschaft als Privatperson, als Fiskus, unbestritten ist. Und gegenüber dem Einwurf der Unmöglichkeit des Selbstzwanges ist folgendes zu erwägen:

Es muß zwischen den dem Staat obliegenden Aufgaben des Rechtsschutzes und der Durchsetzung der Gesetze einerseits und seinen sich sonst aus seiner Persönlichkeit ergebenden Pflichten andererseits unterschieden werden. Sobald sich der Staat organisiert, unterwirft er sich freiwillig den Gesetzen; daß er zugleich berufen ist, diese Gesetze durchzuführen, ist davon völlig unabhängig. Sollte er sich für seine Person gegen deren Durchsetzung auflehnen, so wäre zwar praktisch nicht so leicht eine Macht vorhanden, ihn zur Achtung seiner Gesetze zu zwingen; er würde damit aber zugleich seine rechtliche Eigenschaft als Staat verlieren, denn nicht einmal der Machtstaat kann ohne Anerkennung des Rechts bestehen; ein Zustand der Rechtlosigkeit, der Staatsauflösung, wäre die Folge, in dem das Gemeinwesen auch nicht mehr

[1]) Wegen der Stellungnahme der Einzelnen vgl. Aichele a. a. O., G. Jellnik S. 63 und 78, Bühler I S. 13. Fleiner S. 151, Giese S. 13, O. Mayer I S. 107, Richter S. 42, Hatscheck und Anschütz erkennen implicite die Möglichkeit subjektiv öffentlicher Rechte des Einzelnen an.

Subjekt des Völkerrechts sein könne, da es ja als Staat nicht mehr besteht. Hierbei entfallen dann auch die Voraussetzungen für diese Untersuchung.

So wie der Staatsbürger den Rechtsnormen unterworfen ist, bindet sich auch der Staat selbst an sie, und zwar solange, als er sie nicht abändert. Ein besonderes Zwangsmittel, wie gegenüber dem Staatsbürger, ist an sich gegen den Staat nicht erforderlich, da dieser bei Gefahr der Selbstverneinung den Willen hat, seinen Pflichten nachzukommen. Wenn im Folgenden doch das Bestehen solcher Zwangsmittel bejaht wird, so handelt es sich um Durchsetzungsmittel, die auf Betreiben des berechtigten Staatbürgers in Bewegung gesetzt werden, um die Fehler einzelner Organe, also fehlerhafte, vom Staat nicht beabsichtigte Willensbildung, zu berichtigen. Es muß dabei wiederum zwischen der Staatsperson und ihren einzelnen, einen ausführenden Teilwillen bildenden Organen unterschieden werden[1].

Daß der Staat sich auch in der Praxis den Rechtsnormen unterwirft, und, sobald sie ihn dem Staatsbürger gegenüber verpflichten, den Anspruch des Berechtigten anerkennt, zeigt eine Reihe von Gesetzesvorschriften, die dem Einzelnen unzweifelhaft die Fähigkeit verleihen, Normen des öffentlichen Rechts in seinem Interesse in Bewegung zu setzen. Dies ist aber, wie noch ausgeführt werden wird, nichts anderes als die Gewährung von subjektiv öffentlichen Rechten.

Es ergibt sich somit die Notwendigkeit des Bestehens subjektiv öffentlicher Rechte des Staates gegen den Einzelnen und zwar auf Grund der Pflicht und des Rechts zur Staatsverwaltung, die Möglichkeit weiterer gleichgerichteter subjektiv öffentlicher Rechte und fernerhin die Möglichkeit subjektiv öffentlicher Rechte des Staatsbürgers gegenüber dem Staat.

4. Begrenzung der Rechte des Staates und des Einzelnen.

a) Der Satz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Das aus der Staatsnatur folgende subjektiv öffentliche Recht des Staates auf Verwaltung ist kein unbeschränktes Recht; es gilt vielmehr heut allgemein der Satz von deren Gesetzmäßigkeit. Der Inhalt dieses Satzes ging, entsprechend der Entwicklung der Staatsauffassung, ursprünglich dahin, daß der Staat nichts tun dürfe, was ihm durch Rechts-

[1]) Vgl. Kelsen S. 659, G. Jellinek S. 349 ff.

norm verboten sei. Heut verbietet er dem Staat überhaupt jedes Tätigwerden, das ihm nicht ausdrücklich durch Rechtsnormen gestattet ist[1]. Hierin zeigt sich wieder, daß der Staat an die Gesetze gebunden ist. Das Recht auf Verwaltung verleiht dem Staat nicht etwa Blankovollmacht, alles das zu verwalten und nach seinem Dafürhalten zu ordnen, was ihm gutdünkt, seine Zuständigkeit wird vielmehr durch die Rechtsordnung festgelegt. Das Recht auf Verwaltung erhält seinen Inhalt erst durch die im Einzelrechtssatz ausgesprochene Beauftragung, durch welche festgestellt wird, welches die für das Bestehen des Staates notwendigen Verwaltungsgebiete sind. Der Unterschied zu den anderen, dem Staat nicht notwendig zu übertragenden subjektiv öffentlichen Rechten besteht darin, daß diese durch den Rechtssatz erst geschaffen werden, während das Recht auf Verwaltung schon vorher besteht und durch das Gesetz nur noch in seiner Richtung bestimmt wird. Die weiterhin dem Staat gegenüber dem Einzelnen gewährten Berechtigungen werden ebenso wie die des Staatsbürgers gegen den Staat, da sie nicht aus dem Begriff des Staates folgen, durch Rechtssätze geschaffen und damit begrenzt. Sämtliche subjektiv öffentlichen Rechte sind also durch Rechtsnormen beschränkt, und damit sind zugleich Staat und Einzelnem Schranken gesetzt.

b) Die Vermehrung der subjektiv öffentlichen Rechte des Einzelnen im Laufe der Geschichte.

In welchem Ausmaß subjektiv öffentliche Rechte dem Staat oder dem Staatsbürger gewährt wurden, war stets eine Frage der Auffassung der Gesetzgeber über die wünschenswerte Form des Staatsaufbaues. Je nachdem, ob dem Gedanken des Gehorchens oder dem der Gleichberechtigung der Vorrang gegeben wurde, und wie hierbei die Macht im Staatswesen verteilt werden sollte, wurden die subjektiv öffentlichen Rechte verliehen. Ganz allgemein ist dabei festzustellen, daß im Laufe der Zeit gemäß der allmählichen Entwicklung der Machtstaaten zu Rechtsstaaten und infolge der in neuester Zeit erstarkten demokratischen Staatsauffassung die Berechtigungen auf seiten des Staates durch solche der Einzelnen abgelöst wurden, so daß heute an Stelle der einst überragenden staatlichen Machtfülle eine gleichmäßige gegenseitige Verteilung der Berechtigungen getreten ist.

---

[1]) G. Jellinek S. 195; Kelsen S. 438/439; Herrnritt S. 75; vgl. auch Bühler I S. 147.

c) Das nicht durch Rechtsnormen geregelte Gebiet der möglichen Handlungen.

Obgleich im modernen öffentlichen Recht eine Fülle von Tatbeständen geregelt ist, so ist es doch unmöglich und auch nicht erforderlich, alle denkbaren Fälle des persönlichen Tätigwerdens gesetzlich zu erfassen. Im weiten Gebiet der Handlungsmöglichkeiten bleibt daher stets ein umfangreicher Raum von den Rechtsnormen unberührt, so daß das Handeln der Rechtssubjekte in diesem nicht geregelten Gebiet weder ausdrücklich als rechtsungültig noch aber als rechtswirksam erklärt ist. Das bleibt solange rechtlich unerheblich, als das Tun des Einen die Interessen des Andern nicht berührt, denn es wird dann im allgemeinen kein Grund vorliegen, der Handlung die rechtliche Anerkennung zu versagen. Ein Nichtberühren der gegnerischen Interessen ist im Verhältnis zwischen Staat und Einzelnem jedoch nur bei Handlungen des letzteren denkbar. Denn wenn der Staat tätig wird, so handelt die Gesamtheit der Staatsbürger, das Volk; er handelt im Interesse der Gesamtheit, und dieses ist in wohl allen Fällen denjenigen einzelner Angehöriger entgegengesetzt. Es ist dies zum mindesten auf wirtschaftlichem Gebiet der Fall, da die für jedes Tätigwerden des Staates erforderliche Finanzierung die Gesamtheit trifft, und, selbst wenn eine solche Handlung im Interesse aller ohne Ausnahme liegen würde, doch der Grad des Interesses eines jeden verschieden groß, die Beteiligung an den Abgaben aber gleichmäßig ist. Aber auch das Tun des Einzelnen wird in sehr vielen Fällen das Staatswohl, wenn auch noch so gering, beeinflussen, und daher ist auch der Staatsbürger hier in seinem Tun nicht unbeschränkt; andererseits wird es für den Staat auch wieder oft unerheblich sein, wie sein Angehöriger, beispielsweise in Privatfragen, entscheidet. Es ergibt sich also, daß in dem vom Gesetz nicht geregelten Gebiet der Staat gegenüber dem Einzelnen niemals, der Einzelne gegenüber dem Staat nur dann tätig werden darf, wenn sein Handeln Staatsinteressen nicht berührt. Dem steht nicht entgegen, daß in der Praxis nicht nur der Einzelne gar oft über die ihm gesetzten Schranken sich ungehindert hinwegsetzt, sondern daß auch der Staat mitunter ohne Ermächtigung tätig wird; dies wird ermöglicht, weil die Gegenseite mit der Zuständigkeitsüberschreitung einverstanden ist und keinen Widerspruch erhebt, sondern sich fügt, da sich auf diese Weise oft eine Vereinfachung und Verbesserung der Interessenwahrnehmung ergibt. Es handelt sich dann entweder um einen Verzicht auf

bestehende subjektiv öffentliche Rechte, dessen Zulässigkeit noch behandelt werden wird, oder um Bildung neuen Rechtes im Wege der Gewohnheit.

5. Subjektiv öffentliches Recht und Reflexwirkung objektiven Rechtes.

a) Das subjektiv öffentliche Recht.

Soweit das Gebiet der Handlungsmöglichkeiten jedoch durch Rechtsnormen geregelt ist, konnte die Notwendigkeit einzelner und die Möglichkeit zahlloser weiterer öffentlicher Berechtigungen bereits festgestellt werden.

Das subjektive Recht, von jemanden ein Tun oder Unterlassen zu verlangen, begründet einen Anspruch. Und zwar ist dieser bei den inhaltlich von vornherein festgelegten und gegen eine bestimmte Person gerichteten, den sogenannten persönlichen oder relativen Berechtigungen, zugleich mit dem Recht gegeben, während er bei Berechtigungen, welche gegen jedermann wirken, und die als absolute bezeichnet werden, erst im Augenblick der Beeinträchtigung des Rechtes zur Entstehung gelangt und sich gegen den Störer mit dem Inhalt der Wiederherstellung des früheren Zustandes richtet.

aa) Durchsetzungsmittel.

Es liegt im Sinn des Begriffs „Anspruch", daß er auch verfolgbar ist, d. h. daß ihm von der Rechtsordnung Mittel zur Durchsetzung verliehen werden; andernfalls wäre er wertlos[1].

Als wichtigstes Durchsetzungsmittel wird die Klagbarkeit gewährt. Im Zivilrecht ist dies gewohnheitsrechtlich so allgemein anerkannt, daß es eines besonderen Ausspruches durch den Gesetzgeber nicht mehr bedarf. Bereits im römischen Recht bedeutete die eine actio zulassende formula des Praetors nichts anderes als die Anerkennung des Bestehens eines klagbaren Anspruchs. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist systematisch unmittelbar nach Ansprüchen gegliedert, für welche die Klagbarkeit grundsätzlich gegeben ist. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts fehlt es gleichfalls an der ausdrücklichen Gewährung einer allgemeinen Klagbarkeit. Dies ist noch besonders daraus zu erklären, daß das öffentliche Recht entsprechend dem Wandel der Staatsauffassungen ständig umgestaltet wird, wodurch eine einheitliche Festlegung auf erhebliche Schwierigkeiten trifft. Aber es liegt kein Grund vor, dem einmal anerkannten öffentlichrechtlichen Anspruch die Durchsetzungsmittel zu verweigern, im

[1]) G. Jellinek S. 50, 349.

Gegenteil würde er durch eine solche Behandlung ebenso illusorisch werden wie der privatrechtliche es werden würde.

Auch das subjektiv öffentliche Recht muß deshalb sinngemäß mit Zwangsmitteln ausgestattet sein. Hierbei kommt in erster Linie ebenfalls die Klagemöglichkeit in Frage. Aber gerade im öffentlichen Recht ergibt sich zur Durchsetzung von Ansprüchen oft die Notwendigkeit, einen rascheren und wirkungsvolleren Weg zu finden, als es ein Rechtsstreit mit nachfolgender, an zahlreiche Formalien geknüpfter Zwangsvollstreckung sein kann. Dann müssen die an Stelle des Klagerechts gegebenen Zwangsmittel, um nicht den Wert des subjektiv öffentlichen Rechts zu gefährden, jedoch einen vollwertigen Ersatz der Klagbarkeit bilden, müssen ebenso wirksam sein wie diese und außerdem in der Hand des Berechtigten liegen, dem die Möglichkeit der Klageerhebung sonst zustehen würde. So ist beispielsweise dem Staat zum Schutz seines Rechts auf Verwaltung gegen etwaige eigenmächtige Verwaltungsakte Unberechtigter der sofortige Einsatz von Polizei und bewaffneter Macht ohne vorherige Anrufung der Gerichte gestattet. Derartige Zwangsmittel sind jedoch nur in Ausnahmefällen eingerichtet; das durchschnittliche Mittel bleibt die Klagbarkeit.

Die im Klagewege erstrittene Anerkennung einer Berechtigung wäre aber von zweifelhaftem Wert, wenn nicht schließlich auch noch die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung des Richterspruches gegeben wäre. Dies folgt sinngemäß ebensosehr aus der Natur des Anspruchs wie aus der Einrichtung des Rechtsweges. Soweit ein Anspruch sich überhaupt zur Zwangsvollstreckung eignet, was nicht stets der Fall ist[1]), muß die Möglichkeit der Vollstreckung des Urteils gewährt werden. Daß dies für die Ansprüche des Staates gegen den Einzelnen geschehen ist, beweist die ausführliche Behandlung der Zwangsvollstreckung im Gesetz, welche sich nicht als besondere Gewährung, sondern nur als Ordnung des Verfahrens der gewohnheitsrechtlich grundsätzlich erkannten Vollstreckbarkeit darstellt.

bb) Öffentlichrechtliche Naturalobligationen.

Klagbarkeit und Vollstreckbarkeit können im Einzelfall im Interesse der Allgemeinheit unerwünscht erscheinen. Bei zivilrechtlichen Ansprüchen kann der Gesetzgeber dann die Klagbarkeit ausdrücklich ausschließen, und es entstehen dadurch die sogenannten Naturalobligationen.

[1]) Vgl. auch für das Zivilrecht ZPO § 888.

Der Anspruch als solcher bleibt bestehen, der Berechtigte ist jedoch wegen der Erfüllung auf den guten Willen des Verpflichteten angewiesen. Welchen geringen wirtschaftlichen Wert ein solcher Anspruch in der Praxis hat, ist bereits erwähnt worden. Ob man auch im öffentlichen Recht unklagbare Berechtigungen annehmen darf, ist eine Frage, die sich bei der heutigen ungenügenden Entwicklung dieses Rechtsgebietes noch nicht endgültig beantworten läßt. Grundsätzlich läßt sich gegen das Bestehen solcher subjektiv öffentlicher Rechte nichts einwenden. Ja, in einzelnen Fällen finden sie sich bereits im Gesetz, wie z. B. der Steueranspruch des Staates der Verjährung unterliegt[1]. Abschließendes läßt sich jedoch hierüber noch nicht sagen. Besondere Schwierigkeiten würde die Erkennbarkeit derartiger Berechtigungen bereiten. Die Naturalobligationen des Zivilrechts sind im Gesetzestext deutlich als Ansprüche bezeichnet, bei denen dann eine Beschränkung der Durchsetzbarkeit als Ausnahme gesetzt wird. Die Normen des öffentlichen Rechts aber lassen schon die regulären Berechtigungen oft nicht bestimmt erkennen. Das wirksamste Erkennungsmittel ist, wie noch ausgeführt werden wird, gerade die Klagbarkeit. Fällt diese fort, so wird ein Erkennen in vielen Fällen geradezu zur Unmöglichkeit und auch deshalb erscheint der Wert von öffentlich-rechtlichen Naturalobligationen in Frage gestellt. Trotzdem ist festzustellen, daß bei ausreichender Kennzeichnung derartige Berechtigungen in gleicher Weise Bedeutung erlangen können, wie sie den entsprechenden des Zivilrechts zukommt. Ein Ausschluß der Vollstreckbarkeit wird dann im Allgemein-, d. h. im Staatsinteresse liegen, wenn etwa die Sittlichkeit oder die Staatsautorität durch eine Zwangsvollstreckung gefährdet würden[1]. Dies schmälert den Wert der gegen den Staat gerichteten Berechtigungen, wie bereits dargelegt, nicht, da ja der Staat selbst das größte Interesse an der Erfüllung seiner Verpflichtungen besitzt. Zweifelhafter ist es, ob man in den Fällen, in denen ein oberstes Staatsorgan, etwa ein Monarch, „unverantwortlich" handeln darf, eine lex imperfecta[2] oder einen unklagbaren Anspruch des Staates auf Achtung der Gesetze wird annehmen können. Das Organ untersteht an sich dem Recht ebenso wie jeder andere Staats-

[1]) RAO §§ 120 ff., Pr. VO über die vorläufige Regelung der Gewerbesteuer vom 23. 11. 23 (G. S. S. 23) § 19.

[1]) Vgl. fürs Zivilrecht ZPO § 888.

[2]) Vgl. G. Jellinek S. 203.

angehörige. Das Wesen der Naturalobligation ist die nur moralische Verpflichtung zur Erfüllung eines Rechtsanspruches. Es wird auf das betreffende Gesetz ankommen, ob ein solcher Rechtsanspruch gegeben ist oder nicht.

cc) Verzicht.

Inhaber der subjektiv öffentlichen Rechte ist der Berechtigte; er übt die ihm zustehende Berechtigung aus. Es fragt sich nun, inwieweit er zu dieser Geltendmachung etwa verpflichtet ist, d. h. ob er auf sie wirksam verzichten darf, oder ob ihn nicht eine Rechtspflicht zur Ausübung des ihm gewährten Rechtes trifft. Subjektiv private Rechte sind allgemein verzichtbar. Schranken sind nur ihrer allzu ausgedehnten Verfolgung gesetzt[1]. Dies unterliegt keinen Bedenken, da die privaten Berechtigungen in erster Linie im Interesse der berechtigten Privatpersonen gegeben sind. Anders dagegen die subjektiv öffentlichen Rechte. Hier liegt regelmäßig zugleich ein Interesse der Allgemeinheit vor, das durch eine Nichtausübung des Rechtes in Mitleidenschaft gezogen werden kann[2]. Wenn die Bestimmungen der sogenannten Sozialgesetze, etwa über Arbeitszeit oder Erwerbslosenversicherung, nicht eingehalten werden, so läuft die Allgemeinheit Gefahr, eines Tages für breite Volksschichten Wohlfahrtsaufwendungen leisten zu müssen, welche hätten vermieden werden können. Man wird daher im Einzelfall prüfen müssen, ob derartige Gefahren bestehen. Einheitlich läßt sich darüber bei keinem subjektiv öffentlichen Recht etwas sagen. Denn der Verzicht eines Beamten auf das ihm zustehende Gehalt wird z. B. dann für die Allgemeinheit unerheblich sein, wenn der Verzichtende ausreichendes Privatvermögen besitzt; im anderen Fall wird man die Verzichtbarkeit verneinen müssen[3]. Wie allerdings im einzelnen dies überall durchgeführt werden kann, ist eine andere Frage. Mitunter wird der Verzicht gesetzlich verboten, wie es für die Diäten der Reichtagsabgeordneten geschehen ist, da ein solcher dazu führen könnte, daß eine propagandistische Ausnutzung desselben alle Reichstagsmitglieder veranlassen würde, ihn auszusprechen und dadurch die Kandidatur nur noch wirtschaftlich Starken oder

---

[1] BGB. § 226.

[2] Für Verzichtbarkeit subjektiv öffentlicher Rechte: O. Mayer I S 107 ff. G. Mayer bezgl. der Konzession S. 88, Burckhardt S. 29 ff., Apelt S. 118 ff.

[3] Aus demselben Grunde ist auch für einzelne subjektiv private Rechte die Verzichtbarkeit ausnahmsweise ausgeschlossen. Vgl. BGB. § 1614.

von irgendwelchen Geldgebern Abhängigen möglich wäre[1]. In der Mehrzahl der Fälle wird jedoch die Möglichkeit fehlen, den Berechtigten zur Ausübung seines Rechtes zu zwingen. Bei den subjektiv öffentlichen Rechten des Staates kommt noch hinzu, daß jede staatliche Willensbildung durch Rechtsnormen vorgesehen sein muß. Wenn also das Gesetz nicht dem Staat den Verzicht gestattet, so darf das ausführende Organ einen solchen auch nicht erklären. Gestattet ist er vornehmlich in allen den Fällen, wo dem Organ bei der Erfüllung einer Aufgabe nach freiem Ermessen zu handeln erlaubt ist, d. h. wo der den staatlichen Willen bildende Beamte durch Rahmenvorschriften angewiesen ist, innerhalb deren er nur seiner Beamtenpflicht auf Unparteilichkeit und Pflichttreue untersteht. In anderen Fällen ist die Verzichtbarkeit ausdrücklich ausgesprochen. So darf der Staat z. B. auf seinen Steueranspruch oder andere Rechte verzichten, wenn er den Verpflichteten durch Erzwingung der Leistung ruinieren und sich selbst dabei künftiger Vorteile berauben würde.

Damit beantwortet sich zugleich auch die Frage, ob über subjektiv öffentliche Rechte ein Vergleich geschlossen werden kann. Denn wenn der Verzicht möglich ist, liegt kein Grund vor, ihn nicht auch im Wege eines Vergleichs zuzulassen.

dd) Fiskus.

Subjektiv öffentliche Rechte entspringen Rechtsnormen des öffentlichen Rechtes; dessen Kennzeichen ist, daß eines der beteiligten Rechtssubjekte als Träger öffentlicher Gewalt auftritt. Der Staat erscheint den anderen Rechtssubjekten nicht nur als Träger der Staatsgewalt, sondern er kann diese zeitweilig ablegen und damit Rechtssubjekt des Privatrechts werden. In dieser Eigenschaft bezeichnet man ihn als Fiskus. Er ist dann Privatperson, und die so entstehenden Rechtsverhältnisse unterliegen den privatrechtlichen Normen. Aus Verpflichtungen, die den Staat als Fiskus treffen, kann er wie jedes andere Privatrechtssubjekt nach privatrechtlichen Grundsätzen vor den ordentlichen Gerichten verklagt werden. Lediglich die Zwangsvollstreckung gegen ihn unterliegt gewissen Einschränkungen. Die hauptsächlichsten Verpflichtungen des Fiskus entstehen aus Verträgen. Es sind dies vornehmlich die zum Zweck der Staatsverwaltung geschlossenen Werkverträge über Dienstbauten, Kaufverträge über zum Dienstbetrieb not-

[1] Reichsges. über die Entschädigung der Mitglieder des Reichstages vom 10. 7. 1920 (RGBl. S. 1137) § 6.

wendige Materialien, Dienstverträge mit nichtbeamteten Arbeitskräften u. a. Dabei tritt eine privatrechtliche Bindung des Staates nur nach außen hin, zwischen dem Fiskus und den anderen Privatrechtssubjekten ein, während im Innenverhältnis der Staatsorganisation das Handeln des Staates durch öffentlichrechtliche Normen gestattet und geregelt wird.

Fernerhin ist zu beachten, daß man sich in einzelnen Fällen, in denen auch nach außen öffentlichrechtliche Verhältnisse vorliegen, daran gewöhnt hat, den Staat als in Fiskuseigenschaft auftretend zu bezeichnen, weil auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmung er wegen vermögensrechtlicher Ansprüche vor den ordentlichen Gerichten verklagt werden kann. Dies sind u. a. Ansprüche aus unerlaubter Handlung, begangen von seinen Beamten in Ausübung der öffentlichen Gewalt, die sich aus den Haftpflichtgesetzen ergeben[1]), und die vermögensrechtlichen Ansprüche der Beamten aus ihrem Dienstverhältnis[2]). Hier ist die Bezeichnung des Staates als Fiskus unzutreffend und nur aus der Ähnlichkeit des gewählten Durchsetzungsweges für die genannten subjektiv öffentlichen Rechte mit denjenigen für privatrechtliche Ansprüche gegen den Staat erklärlich. In Wahrheit handelt es sich um öffentlichrechtliche Berechtigungen, da sie aus Rechtsverhältnissen entspringen, bei denen der Staat als Träger von Hoheitsgewalt auftritt. Die außergewöhnliche Regelung des Klageverfahrens ändert daran nichts[3]), sie bezieht sich nur auf die Frage der Zuständigkeit. So ist es nicht nur möglich, für öffentlichrechtliche Ansprüche das Verfahren vor die ordentlichen Gerichte zu verweisen, es können auf der anderen Seite ebenso Privatrechtsstreitigkeiten aus Zweckmäßigkeits- oder anderen, insbesondere historischen Gründen dem Verwaltungsstreitverfahren zur Erledigung übertragen werden, ohne daß deren privatrechtliche Natur berührt würde[4]).

Zu unterscheiden davon ist die Möglichkeit, Berechtigungen, die ihrem Wesen nach privatrechtlicher Natur sind, durch besondere Gesetzes-

---

[1]) RV Art. 131. Ges. über die Haftung des Reiches für seine Beamten v. 22. 5. 1910 (RGBl. S. 798), Pr. Ges. über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt v. 1. 8. 1909 (G. S. S. 691).

[2]) Pr. Ges. betr. die Erweiterungen des Rechtsweges v. 24. 5. 1861 (G. S. S. 242).

[3]) Vgl. G. Jellinek S. 63.

[4]) In Preußen ist dies auf Grund GVG § 13 z. B. geschehen in Zust. G. v. 1. 8. 83 § 106, Waldschutzges. v. 6. 8. 78 § 7, Feld- und Forstpolizeiges. v. 1. 4. 80 §§ 74, 81 und Jagdordnung v. 15. 7. 07 § 59 (vgl. Schoen S. 299).

bestimmung zu öffentlich rechtlichen zu machen. G. Jellinek[1]) nennt diese, oft der Popularklage nahekommenden subjektiv öffentlichen Rechte die formellen. Als Beispiel führt er an, daß im französischen Recht die Verträge, welche zum Zweck der öffentlichen Verwaltung abgeschlossen werden, im deutschen Recht also gerade das Musterbeispiel für das Auftreten des Staates als Fiskus, formell zu öffentlichrechtlichen erklärt worden sind. Entsprechend können Rechtsverhältnisse öffentlichrechtlicher Natur zu privatrechtlichen werden. Das geschieht z. B. mit den Ansprüchen des Beamten auf rückständiges Gehalt oder denen des Staates auf Abgaben, sobald der Beamte oder der Steuerschuldner stirbt; Anspruch und Verpflichtung gehen auf den Erben über, wobei das öffentlichrechtliche Grundverhältnis erlischt, und das privatrechtliche der Erbrechtsnormen an dessen Stelle tritt[2]).

ee) Definition.

Um nun eine Begriffsbestimmung des subjektiv öffentlichen Rechts zu finden, mögen zunächst einmal einige der bisher in der Literatur dafür aufgestellten Definitionen betrachtet werden.

G. Jellinek[3]) betont den auf den Schutz seines Interesses gerichteten Willen des Berechtigten allzusehr, wenn er die Berechtigung als „die von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte, auf ein Gut oder Interesse gerichtete menschliche Willensmacht" bezeichnet. Es ist ihm darin zuzustimmen, daß ohne den Willen kein subjektives Recht wirksam werden kann, da es eben nicht geltend gemacht wird. Das Bestehen einer Berechtigung aber zu verneinen, wenn der Wille, das Interesse wahrzunehmen, fehlt, erscheint als nicht angängig, da ein Verzicht nicht nur auf das Recht selbst, welcher dieses dann allerdings vernichtet, sondern auch allein auf die Ausübung des Rechtes möglich ist. Eine besondere Definition des subjektiv öffentlichen Rechts gibt er nicht, jedoch läßt sich seine Auffassung aus zwei Sätzen erkennen: Formell beruhe das subjektiv öffentliche Recht im Gegensatz zum subjektiven privaten Recht auf machtverleihenden, nicht machtbegrenzenden Normen. Materiell schütze es das Einzelinteresse vornehmlich im Gemeininteresse, während das subjektiv private Recht überwiegend um der Zwecke des interessierten Individuums willen Schutz genieße[4]).

[1]) a. a. O. S. 62, 70.

[2]) Vgl. G. Jellinek S. 66.

[3]) a. a. O. S. 41.

[4]) a. a. O. S. 52 ff.

Richter[1]) trägt dem Rechnung, indem er die Berechtigung als die „Möglichkeit, durch den Willen etwas zu bestimmen“ bezeichnet. Nach ihm ist das subjektiv öffentliche Recht „die innerhalb einer Rechtsordnung einem Träger öffentlicher Gewalt gegenüber einem Rechtssubjekt oder einem Rechtssubjekte gegenüber einem Träger öffentlicher Gewalt gegebene Möglichkeit, durch seinen Willen unter den der Form des Rechts entsprechenden tatbestandlichen Voraussetzungen das rechtlich Geltende dergestalt zu bestimmen, daß die andere Person (der gegenüber jene Möglichkeit gegeben ist), ihr Verhalten durch ihren Willen demgemäß zu beschränken zwangsweise verbunden ist“. Im allgemeinen wird man dem zustimmen können, es wird jedoch, wenn möglich, eine weniger verklausulierte Fassung zu finden sein, welche den, am Ende der Definition allerdings berichtigten Gegensatz zwischen Rechtssubjekt und Träger öffentlicher Gewalt sowie auch die unerhebliche Erwähnung des beiderseitigen Willens vermeidet.

Bühler[2]) definiert nur das subjektiv öffentliche Recht des Einzelnen gegen den Staat, ohne die Berechtigungen des Staates zu berücksichtigen. Er erklärt das subjektiv öffentliche Recht als „diejenige rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat (des Angehörigen einer öffentlichrechtlichen Körperschaft zu dieser), in der auf Grund eines Rechtsgeschäftes oder eines zwingenden, zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich soll der Verwaltung gegenüber berufen können, vom Staat (der öffentlichrechtlichen Körperschaft) etwas verlangen kann oder ihm gegenüber tun darf“.

Kelsen[3]) schließlich betont das enge Verbundensein von öffentlichem und privatem Recht, von Rechtsnorm und Berechtigung, die „gar nicht so sehr voneinander verschieden seien“. Er erklärt deshalb: „Das subjektive Recht des Untertanen ist der Rechtssatz in seinem Verhältnis zu derjenigen Person, von deren Anspruch der im Rechtssatz erklärte Wille des Staates zu irgendeinem Handeln abhängig gemacht ist. Das subjektive Recht des Staates ist der Rechtssatz im Verhältnis des Staates zu allen anderen Personen, die durch den Rechtssatz verpflichtet werden“.

Das subjektive Recht entspringt aus dem objektiven Recht und gewährt dem Rechtssubjekt die Möglichkeit, mit rechtlicher Wirkung ein Interesse zu verteidigen. Das subjektiv öffentliche Recht tut dies in dem durch Rechtssätze öffentlichrechtlicher Natur geregelten Interessen-

1) a. a. O. S. 41. 2) a. a. O. S. 14 und 224.

3) a. a. O. S. 269, 618 ff., 655 ff., 663.

gebiet d. i. im Verhältnis eines mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Rechtssubjektes zu einem andern Rechtssubjekt, entweder derselben Qualität oder das, was hier besonders in Frage kommt, nicht Träger öffentlicher Gewalt ist. Das subjektive Recht, oder, was dasselbe ist, die Berechtigung, ist eine Möglichkeit. Darin liegt ausgesprochen, daß es nicht darauf ankommt, ob auch der Wille vorhanden ist, diese Möglichkeit zu verwirklichen, es sei denn, daß auf ihn und damit das Recht für immer verzichtet wird; solange das nicht geschehen ist, kann der Wille noch stets gefaßt werden. Die Erwähnung des Willens ist neben der Anführung des Bestehens der Möglichkeit daher überflüssig, da er nur deren Ausübung betrifft. Der Inhalt der Möglichkeit ist der Schutz von Interessen des Berechtigten. Damit wird zugleich der Zweck der Berechtigung bezeichnet, über dessen Zugehörigkeit zur Definition sich streiten läßt; im vorliegenden Fall ist es jedoch unvermeidlich, ihn nicht um seiner selbst willen, sondern gelegentlich der Erläuterung des Inhalts des benutzten Begriffs „Möglichkeit" anzuführen. Der Interessenschutz muß rechtliche Wirksamkeit haben, und dazu bedarf es für das subjektiv öffentliche Recht der Gewährung von Durchsetzungsmitteln, welche zum mindesten den Grad einer Eröffnung des Klageweges besitzen. Der Ausnahmefall, daß diese Mittel eingeschränkt werden können, gehört als solcher nicht in die Begriffsstimmung.

Man wird sich bei Betrachtung all dieser Begriffsbestimmungen fragen, ob es denn überhaupt notwendig ist, den Begriff noch anders zu definieren, als es bereits durch die ihm gegebene Bezeichnung geschehen ist. Subjektiv öffentliches Recht, d. h. eine Berechtigung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, ist so klar und bestimmt gefaßt, daß man ohne weiteres Zweck und wesentliche Begriffspunkte schon aus diesem Namen erkennt.

Will man aber eine ausführlichere Erläuterung geben, so wäre zu sagen:

Subjektiv öffentliches Recht des Staates ist die dem Staat gegenüber seinen Staatsbürgern durch Rechtsnorm gewährte Möglichkeit, Interessen mit Hilfe wirksamer Machtmittel zu wahren. Subjektiv öffentliches Recht des Staatsbürgers ist die dem Einzelnen gegenüber dem Staat durch Rechtsnormen gewährte Möglichkeit, Interessen mit Hilfe wirksamer Machtmittel zu wahren.

Es sind hierbei nur die Berechtigungen öffentlicher Natur zwischen Staat und Einzelnem berücksichtigt; für diejenigen zwischen anderen

mit öffentlicher Gewalt ausgestatteten Rechtssubjekten und Privatrechtspersonen gilt das Gleiche, und es ist dann das Wort „Staat" entsprechend zu ersetzen.

b) Fehlen eines allgemeinen Gesetzesbefolgungsanspruches.

Jede Rechtsnorm spricht eine Regelung von Verhältnissen aus. Sie ordnet etwas an und verpflichtet dadurch irgendjemanden zum Befolgen des Gesagten. Einem Verpflichteten steht notwendig auf der anderen Seite ein Berechtigter gegenüber. Aus jedem Rechtssatz erwachsen einer oder mehreren Personen, unmittelbar oder mittelbar, Vorteile, und es fragt sich nun, ob allen den Nutznießern der Rechtsnormen auch eine Berechtigung auf Erlangung dieser Vorteile gegeben ist, was in einigen Fällen zweifelsfrei aus dem Gesetz hervorgeht, oder ob nicht, wenn das Staatswohl, die Billigkeit oder andere Rücksichten es erfordern, einzelnen Interessenten die rechtliche Anerkennung ihres Interesses als Berechtigung vorenthalten werden kann. M. a. W.: Gewährt ein jeder Rechtssatz des hier nur behandelten öffentlichen Rechtes dem aus ihm Begünstigten auch ein subjektives Recht gegen den Angewiesenen, vermittels dessen er die Befolgung der Rechtsnorm verlangen kann? Besteht also ein allgemeiner Anspruch auf Befolgung der Gesetze, welcher selbst ein subjektiv öffentliches Recht darstellt? Oder sind subjektiv öffentliche Rechte nicht generell, sondern nur im Einzelfall mitunter besonders gewährt?

Man könnte meinen, da es im Sinn eines Gesetzes liegt, daß es auch befolgt werde, so müßte jedem, der an dieser Befolgung ein Interesse besitzt, also jedem Nutznießer, ein subjektiv öffentliches Recht zur Erzwingung der Befolgung gegeben sein. Dafür, daß dem vom Gesetzgeber entsprochen sei, scheint besonders eine Einrichtung unseres Verwaltungsrechtes zu sprechen: Der Staatsbürger ist berechtigt, zwecks Erfüllung der Rechtsnormen gegen alle Handlungen der Staatsorgane die Dienstaufsichtsbeschwerde zu erheben. Man hat hieraus auf die Schaffung eines allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruches (besser: Gesetzesbefolgungsanspruches, da er auch dem Staat zustehen würde) schließen wollen. Dieser allgemeine Anspruch wäre seiner Richtung nach zunächst unbestimmt, und zwar auf seiten des Staatsbürgers bis zur Festsetzung durch Verwaltungsakt der angewiesenen zuständigen Behörde oder durch Urteil des Richters, auf seiten des Staates bis zur Festlegung durch Richterspruch. Entsprechendes gälte für die

Ersatzmittel der Klagbarkeit[1]). Der Inhalt des Anspruches würde lauten: Das Gesetz soll befolgt werden.

Dies ist jedoch unzutreffend. Sowohl die soeben angeführte Begründung als besonders die praktischen Folgen der Errichtung eines allgemeinen Gesetzesbefolgungsanspruches sind unhaltbar. Daß dem aus dem Rechtssatz Verpflichteten ein Berechtigter gegenüber steht, ist unbestritten. Kein Anlaß liegt aber vor, hierzu unbedingt den jeweiligen Nutznießer zu machen. Im Gegenteil werden gar oft gewichtige Gründe dafür sprechen, Berechtigung und Nutznießung wenigstens bei einigen der Begünstigten zu trennen. Die als Beweisgrund angeführte Dienstaufsichtsbeschwerde ist ihrem Wesen nach nicht geeignet, einen Anspruch auf Gesetzesbefolgung zu schaffen. Sie steht jedem Staatsbürger, auch dem nicht aus der Rechtsnorm begünstigten, in allen Fragen zu, ja sogar dann, wenn der Beschwerdeführer sich nicht auf das Vorliegen eines Rechtssatzes, sondern irgendwelche tatsächlichen Erwägungen stützt. Ihr ist kein Anspruch auf Prüfung und Befolgung durch die angerufene Behörde verbunden, so daß sie nicht mit Unrecht den Namen „Papierkorbbeschwerde" führt. Ihre Bestimmung erfüllt sich in der Aufgabe, der Verwaltungspraxis ein Hilfsmittel zur Verhütung von Nachlässigkeiten und Gesetzesübertretungen sowie zur Berichtigung von Irrtümern zu liefern; weitere rechtliche Folgerungen können aus ihr nicht hergeleitet werden. Und vor allem lehrt ein Blick auf die entstehenden Folgen die Untragbarkeit eines allgemeinen Gesetzesbefolgungsanspruchs. Ein solcher würde dahin führen, daß aus jedem einzigen Rechtssatz für jeden der mehr oder minder Interessierten, womöglich auch für nur mittelbare Nutznießer, ein subjektiv öffentliches Recht auf Erzwingung der Befolgung erwüchse. Dies würde unhaltbare Zustände schaffen. So könnte der Staat die Befolgung sämtlicher Normen des Zivilrechts von seinen Bürgern fordern, da deren Nichtbeachtung ihm letzten Endes schädlich sein kann, und der Einzelne besäße das Recht, die Innehaltung aller internen Verwaltungsordnungen zu verlangen, falls er sich einen persönlichen Nutzen davon verspricht. Ein solches Übermaß subjektiv öffentlicher Rechte wird aber weder durch das staatliche Recht auf Verwaltung begründet, noch hat jemals ein Gesetzgeber es schaffen wollen, da es einerseits die übertriebenste und nicht mehr durchführbare Form des Polizeistaates, andererseits den Untergang der Staatsautorität, ein schon an sich unmögliches Zusammentreffen, nach sich ziehen würde.

[1]) Vgl. oben S. 11.

Es gibt also keinen allgemeinen Gesetzesbefolgungsanspruch, subjektiv öffentliche Rechte sind vielmehr nur in einzelnen Fällen besonders gewährt[1].

Nun schafft jeder eine Verpflichtung setzende Rechtssatz Berechtigte, welche von dem Belasteten die Verfolgung der Rechtsnorm verlangen können. Aber diese Berechtigung braucht durchaus nicht öffentlichrechtlicher Natur zu sein; im Gegenteil, in den weitaus meisten Fällen wird ein Zivilrechtsanspruch zur Durchsetzung ausreichen, oder es werden zwar Einrichtungen des öffentlichen Rechts zur Verfügung gestellt, ohne jedoch ein subjektiv öffentliches Recht zu begründen. Wollte man in diesem allgemeinen Sinn von dem Bestehen eines Gesetzesbefolgungsanspruches sprechen, so lautete die Fragestellung, wer im Einzelfall der Berechtigte ist. Das Problem bliebe dasselbe.

c) Die Reflexwirkung des objektiven Rechtes.

aa) Vorliegen.

Wenn es nun keinen allgemeinen Gesetzesbefolgungsanspruch gibt, so fragt es sich, was dann in den Fällen eintritt, in denen kein subjektiv öffentliches Recht gewährt ist. Man spricht hier von einer bloßen Reflexwirkung objektiven Rechtes, welche auf den Nutznießer der Rechtsbestimmung zurückstrahlt. Eine strenge Unterscheidung zwischen allgemeinem Gesetzesbefolgungsanspruch und bloßer Reflexwirkung ist besonders deswegen notwendig, weil in der Wissenschaft, wie noch ausgeführt werden wird, beide oft miteinander verbunden worden sind. Während bei jenem der Begünstigte ein subjektives Recht auf die durch den Rechtssatz festgelegte Leistung erhalten sollte, ist hier die Zuwendung für ihn nur eine beabsichtigte oder unabsichtliche Nebenwirkung der aus höheren Gesichtspunkten, etwa dem des Staatswohls, zwischen andern Rechtssubjekten gesetzten Bindung, also sozusagen ein Glücksfall. Und diese Reflexwirkung findet sich in der Praxis weitaus häufiger als das subjektiv öffentliche Recht, da sie ja stets dann stattfindet, wenn dem Nutznießer ein solches nicht ausdrücklich gewährt worden ist, was wiederum wegen der unbegrenzten Zahl der möglichen Reflexwirkungen nur in beschränktem Umfange erfolgen kann und vor allem recht oft im Interesse der Allgemeinheit bewußt nicht erfolgt[2].

---

[1] Vgl. auch Bühler I S. 227.

[2] Eine Zusammenstellung der Literatur über den Unterschied von subjektiv öffentlichem Recht und Reflexwirkung objektiven Rechtes findet sich bei Richter S. 78 A 229.

bb) Fehlen eines Anspruches.

Man hat nun versucht, die Reflexwirkung aus diesem rechtlichen Nichts herauszuheben und ihr auf Umwegen doch eine Art Berechtigungsnatur zuzubilligen. G. Jellinek[1]) behauptet das Bestehen eines beschränkten allgemeinen Interessenbefriedigungs- und -berücksichtigungsanspruches, einmal auf Grund der „allerdings nur von ethischen Garantien geschützten Pflicht" des Staates, das faktische Einzelinteresse zu fördern, dann aber infolge eines „Anspruchs" des Individuums auf Versorgung und Förderung aller seiner mit Hilfe staatlicher Tat zu erfüllenden Interessen, insoweit das Gemeininteresse es gestatte. Die mit dem Berücksichtigungsanspruch zu verfolgenden Interessen brauchten nicht einmal auf Rechtsnorm zu beruhen, es genüge, daß das Verlangte nicht dem Staatsinteresse zuwiderlaufe. Da der Berücksichtigungsanspruch nur mit der Aufsichtsbeschwerde durchzusetzen sei, so reiche er an Wirksamkeit nicht an den für die Reflexwirkung einer Rechtsnorm gegebenen Befriedigungsanspruch heran, welchem die Rechtsmittel des § 127 LVG. zur Seite stünden. Als Beweis für das Bestehen solcher Ansprüche vermag er allerdings nichts anzuführen, als daß sie sich aus der Natur der Sache, insbesondere der Beschwerde, ergäben[2]). Fleiner[3]) nimmt an, daß ein allgemeiner Gesetzesbefolgungsanspruch gegenüber den staatlichen Organen bestehe, der „im umfassenden Sinn" selbst ein subjektiv öffentliches Recht sei. Doch nicht nur dieser Anspruch stehe dem von einer Reflexwirkung Betroffenen zur Seite, sondern die Reflexwirkung erzeuge auch selbst einen Anspruch, so daß dieser bei etwaiger Erhöhung zum subjektiv öffentlichen Recht inhaltlich nicht erweitert werde, sondern nur eine wesentliche Verstärkung erfahre[4]). Dabei widerspricht er sich selbst, indem er einleitend ein allgemeines Forderungsrecht des Untertanen gegen den Staat grundsätzlich in Abrede stellt[5]). Wie bereits dargelegt, ist gerade die Aufsichtsbeschwerde ihrem Wesen nach nicht geeignet, Anspüche zu begründen, und auch das behauptete Bestehen eines allgemeinen Gesetzesbefolgungsanspruches ist abgelehnt worden. Und so müssen alle Versuche scheitern, die mit Hilfe von rechtlich unerheblichen, moralischen oder ethischen Bindungen oder durch Anerkennung

---

[1]) a. a. O. S. 124 ff.

[2]) a. a. O. S. 129

[3]) a. a. O. S. 162 und 167.

[4]) a. a. O. S. 164.

[5]) a. a. O. S. 154.

eines allgemeinen Gesetzesbefolgungsanspruches eine Wesensgleichheit zwischen subjektiv öffentlichem Recht und Reflexwirkung objektiven Rechtes konstruieren wollen, wobei beide als Ansprüche mit nur verschieden stark ausgebautem Rechtsschutz erklärt werden. Es gibt kein subjektives Reflexrecht. Reflexrecht besteht nur im objektiven Sinn, als Rechtssatz, welcher Reflexwirkung ausübt.

cc) Fehlen der Klagbarkeit.

Da festgestellt worden ist, daß subjektiv öffentliche Recht in den Durchsetzungsmitteln beschränkt werden können, erhebt sich die Frage, ob anderseits nicht etwa der Klageweg dort eröffnet werden kann, wo gar keine Berechtigung vorliegt, also für die Reflexwirkung objektiven Rechtes? Dies wird von einigen Meinungen bejaht[1]), welche erklären, daß die Verwaltungsgerichtsbarkeit, deren Aufgabe ursprünglich lediglich im Schutze subjektiv öffentlicher Rechte bestand, allmählich, besonders begünstigt durch das System der Enumerationsmethode, in einzelnen Fällen ihre Wirksamkeit auch auf das Gebiet der bloßen Interessen ausgedehnt habe. Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Um die Gerichte in Bewegung zu setzen, ist stets eine Anrufung, eine Klage erforderlich, und der zur Anrufung Berechtigte hat damit ein Recht auf Entscheidung über sein Interesse. Im Augenblick aber, wo das Interesse erzwingbaren Rechtsschutz genießt, wird eben die unsprügliche Reflexwirkung durch ein subjektives Recht ersetzt. Die Beispiele, welche die erwähnten Autoren für ihre Ansicht anführen, lassen sämtlich das Vorliegen einer Berechtigung erkennen. Daß dies geleugnet wird, mag zum Teil darauf beruhen, daß in den Systemen die subjektiv öffentlichen Rechte des Staates entweder als Axiome ausgeschieden oder überhaupt nicht behandelt werden. In den zitierten Fällen des Zuständigkeitsgesetzes §§ 119, 120 besitzt der Staat ein subjektiv öffentliches Recht auf Untersagung der bezeichneten Betriebe, Zurücknahme der Konzession, Approbation usw., das er durch seine Organe als Kläger geltend macht. Nach Zuständigkeitsgesetz §§ 15, 17, 29 übt er sein Recht auf Staatsaufsicht über die von ihm gewährte Selbstverwaltung aus. Schwieriger zu erkennen ist die Berechtigung in den Fällen des Landesverwaltungsgesetzes § 126 und bei der Befugnis der Vorsitzenden der unteren Verwaltungsgerichtshöfe zur Einlegung von Rechtsmitteln gegen deren Entscheidungen, sofern das öffentliche Interesse es verlangt. Hier wird die sonst durch einfache Anordnung

[1]) Schoen S. 297; Fleiner S. 244; Kelsen S. 662.

ausgeübte Dienstaufsicht durch Benutzung des Rechtsweges verwirklicht, da der angefochtene Akt selbst einen Rechtsspruch darstellt. Dabei ist die gewöhnliche Art der Durchsetzung die Ausnahme und die hier gewählte Regelung das an sich für die Geltendmachung subjektiv öffentlicher Rechte Gegebene[1]).

dd) Schutz.

Trotzdem ist der aus einer Reflexwirkung Begünstigte nicht ausschließlich auf den guten Willen des Verpflichteten angewiesen. Zunächst besteht in der Person eines Dritten ja der der Verpflichtung entsprechende Berechtigte, und man kann erwarten, daß dieser sein Recht ausüben wird. Dieser Dritte ist oftmals der Staat, der, wenn die Verpflichtung aus dem Rechtssatz das Tun einer Behörde betrifft, vermöge seines subjektiv öffentlichen Rechtes auf Gehorsam durch seine dem fehlerhaft handelnden Beamten vorgesetzten Organe seinem Willen, die Rechtsnormen erfüllt zu sehen, Geltung verschafft. Außerdem zwingen die Wechselwirkungen und tausenderlei verschiedenen Kräfte und Strömungen des praktischen Lebens meist den Belasteten, seinen Verpflichtungen nachzukommen, denn eine an der einen Stelle begangene Lässigkeit löst von selbst an der andern Stockungen und Widerstände aus, welche dem Säumigen schließlich größere Unannehmlichkeiten bereiten als die Erfüllung seiner Pflicht. So wird es eine Regierung wohl überlegen, ob die Folgen eines Pressefeldzuges, einer zugkräftigen gegnerischen Wahlparole oder eines Parlamentsvorstoßes nicht nachteiliger für die von ihr für richtig gehaltene Art der Staatsleitung werden können, als deren allzu rücksichtslose Erzwingung unter Umgehung ihr schädlich erscheinender, entgegenstehender Rechtsnormen. Und auch der einzelne Staatsbürger wird es in der Regel vorziehen, seine Verpflichtungen ohne Konflikt mit der ihm im Endergebnis doch überlegenen Staatsgewalt zu erfüllen, selbst wenn er im Einzelfall von dieser rechtlich nicht zur Erfüllung gezwungen werden könnte. Mitunter sind dem Nutznießer einer Reflexwirkung auch noch besondere Hilfsmittel zur Verfolgung seiner Interessen gegeben. Der Staat z. B. besitzt durch seinen Strafanspruch die Möglichkeit, die Beachtung einer Reihe von Rechtssätzen, etwa des Zivilrechts, zu überwachen, auf deren Befolgung ihm kein

---

[1]) Es handelt sich also nicht etwa um ein subjektiv öffentliches Recht des Staates auf Einlegung eines Rechtsmittels, wodurch ein Gesetzesbefolgungsanspruch entstehen würde.

subjektiv öffentliches Recht zusteht, obwohl er vielleicht an der Erfüllung ein erhebliches Interesse besitzt. Der einzelne Staatsbürger wiederum beteiligt sich in seiner, je nach dem Staatsaufbau bemessenen Mitwirkung an der Bildung des Gesamtheitswillens in dem seiner zahlenmäßigen Bedeutung entsprechenden Umfange an der Überwachung der Gesetzesbefolgung durch den Staat, insoweit diese Befolgung für den Staatsbürger nur Reflexwirkung darstellt.

Es ist demnach festzustellen, daß die öffentlichrechtliche Wirkung der Rechtsnormen grundsätzlich und in der Mehrzahl der Fälle nur der „Reflex" ist, welcher den Begünstigten trifft. Ein subjektiv öffentliches Recht gegenüber dem Angewiesenen auf Befolgung der Vorschrift steht dem Nutznießer nur dann zu, wenn es ausdrücklich gewährt ist.

6. Über das Richteramt des Staates.

Die Staatsgewalt ist unteilbar. Wenn trotzdem oft von einer Gewaltenteilung gesprochen wird, so ist darunter nur die Unterscheidung der hauptsächlichsten Funktionen der Staatsgewalt zu verstehen. Wie ausgeführt worden ist, gehört zum wesentlichen Inhalt der Staatsgewalt das Recht des Staates auf Verwaltung. Alle größeren und besonders die modernen Staaten haben dazu noch eine Fülle weiterer Berechtigungen erhalten, unter denen das Recht auf Gesetzgebung und das auf Rechtsprechung besonders hervorragen. Da nun die Mehrzahl aller subjektiv öffentlichen Rechte durch Anrufung der Rechtsprechung durchgesetzt werden, und diese durch Staatsorgane, d. h. den Staat, ausgeübt werden, so könnte vielleicht der Anschein erweckt werden, als ob dem Staat hierdurch doch ein subjektiv öffentliches Recht auf Befolgung der Mehrzahl der Rechtsnormen zustehe. Denn er ist es ja, der im Urteil ausspricht, daß der Beklagte den in Frage stehenden Bestimmungen Genüge tun soll. Auf diese Weise käme der Staat doch noch zu einem allgemeinen Gesetzesbefolgungsanspruch in allen den Fällen, in denen der Rechtsweg zulässig ist. Ein solcher Schluß ginge jedoch fehl. Die Befugnis der Rechtsprechung hat der Staat nur an sich gezogen[1]. Der Staat schafft das Richteramt und tritt es unter Umständen an unterstaatliche Rechtssubjekte, etwa Länder, öffentlichrechtliche Körperschaften oder Private ab, wie es z. B in Art. 103 RV. und früher in den Fällen der Universitäts- und der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit geschehen ist. Die Rechtsprechung hat der Staat nur deshalb übernommen, weil dadurch allein eine zweckmäßige Erfüllung der

[1]) Vgl oben S. 4.

Notwendigkeit, die Rechtsstreitigkeiten zu schlichten, gewährleistet wird. Es ist ihm dabei nur ein subjektives Recht auf Ausübung zugleich mit der Verpflichtung der Unparteilichkeit und kein Recht auf Verfolgung eigener Interessen gegeben. Er darf die Gerichte nicht nach Belieben tätig werden lassen. Dazu ist der Antrag eines aus dem einzelnen Rechtsverhältnis Berechtigten erforderlich, und der Staat darf diesen Antrag nur unter denselben Voraussetzungen wie jedes andere Rechtssubjekt stellen. Andernfalls ist er auf die Reflexwirkung angewiesen, die für ihn entsteht, wenn der zur Durchsetzung Berechtigte mit Hilfe der Gerichte seinen Anspruch geltend macht. Auch hier ist wieder zwischen den verschiedenen Aufgaben des Staates zu unterscheiden, welche er durch getrennte Organe erfüllt; kann der Staat doch selbst als Partei vor seinen Gerichten auftreten[1]).

C. Die subjektiv öffentlichen Rechte im Deutschen Recht.

1. Allgemeines.

a) Unmöglichkeit der Katalogisierung.

Welche Rechtssätze gewähren nun den Nutznießern ihrer Anordnungen an Stelle der üblichen Reflexwirkung ein subjektiv öffentliches Recht?

Allgemein läßt sich zunächst folgendes feststellen:

Subjektiv öffentliche Rechte entstehen nur aus öffentlichrechtlichen Normen; das sind diejenigen, welche die Rechtsverhältnisse der Rechtssubjekte regeln, die mit öffentlicher Gewalt ausgestattet sind und in dieser Eigenschaft anderen Rechtssubjekten entweder gleicher Qualität oder solchen ohne öffentliche Gewalt gegenübertreten. Die Zahl der möglichen subjektiv öffentlichen Rechte ist durch das objektive Recht festgelegt; sie ist nicht, wie die der subjektiv privaten Rechte, durch Vertrag beliebig vermehrbar, denn der auf seiten des Staates beim Abschluß eines öffentlichrechtlichen Vertrages erfolgende Staatshoheitsakt ist wie alles Handeln des Staates durch den Satz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung an die Voraussetzung rechtlicher Erlaubnis geknüpft[2]). Und einen Satz, der es dem Staat generell gestattete, öffentlichrechtliche

[1]) Eine ähnliche Scheidung findet sich bei der Gesetzgebung, wo die Regierung die Staatsinteressen dem Gesetzgebungsorgan, dem Parlament, gegenüber vertritt.

[2]) Apelt S. 95: „der behördliche Wille, der in einem Verwaltungsakt zur Geltung kommt, ist nicht autonom, wie die gesetzgebende Gewalt; die vollziehende Gewalt steht unter dem Gesetz".

Verträge jeglichen Inhalts abzuſchließen, gibt es nicht. Die Befugnis wird ſtets nur für den einzelnen Tatbeſtand erteilt. Läßt das Geſetz die Organe ihre Entſcheidungen nach freiem Ermeſſen faſſen, ſo unterſtehen die Behörden doch immer noch der ſie aus dem Dienſtverhältnis treffenden Amtspflicht, unparteiiſch, gewiſſenhaft, zum Beſten der Allgemeinheit und innerhalb der Grenzen ihrer Zuſtändigkeit tätig zu werden. Das trifft ſelbſt dann zu, wenn das Geſetz ſchweigt; auch dann darf die Behörde nicht ihre Kompetenzen überſchreiten und durch vertragliche Bindungen nichtvorgeſehene öffentliche Berechtigungen ſchaffen[1]. Subjektiv öffentliche Rechte können alſo nur entſtehen, wenn dies durch Rechtsnorm vorgeſehen iſt. Es geſchieht dies heut faſt ausſchließlich durch Geſetz. Unter den wenigen Ausnahmen, die im Wege der Gewohnheitsrechtsbildung entſtanden ſind, ragen die geſchichtlich am früheſten entſtandenen Berechtigungen des Staates auf Verwaltung, Geſetzgebung und Rechtſprechung hervor; auch ſie ſind inzwiſchen häufig noch einmal ausdrücklich im Geſetz feſtgelegt worden.

Danach müßte es möglich erſcheinen, durch eingehende Betrachtung jedes einzelnen Rechtsſatzes einen Katalog der beſtehenden ſubjektiv öffentlichen Rechte aufzuſtellen. Es zeigt ſich jedoch, daß auch bei ſorgfältigſter Unterſuchung eine derartige Arbeit keinen Anſpruch auf Vollſtändigkeit und Richtigkeit auch nur für kurze Zeit erheben könnte. In Ermangelung einer unzweideutigen Bezeichnung der ſubjektiv öffentlichen Rechte als ſolcher im Geſetzestext, etwa durch Schaffung eines Allgemeinen Teils des deutſchen Verwaltungsrechtes, wäre eine Zuſammenſtellung überhaupt nur vom Standpunkt irgendeiner der zahlreichen Theorien aus möglich. Und die dauernde Veränderung der tatſächlichen Verhältniſſe gibt gerade den Normen des öffentlichen Rechts ſtändig neue Bedeutungen und Wirkungen, wozu noch die oft recht kurze Lebensdauer dieſe Rechtsſätze kommt. Aber auch eine nur annähernd vollkommene Zuſammenſtellung hätte infolge der unendlich vielen Auslegungs- und Anwendungsmöglichkeiten jeder einzelnen Beſtimmung keinen erheblichen Wert. Es bleibt daher nur übrig, Grundſätze über das Vorliegen von öffentlichen Berechtigungen und deren Erkennen aus den Geſetzesbeſtimmungen aufzuſtellen, und an Hand dieſer Theorie im Einzelfall zu entſcheiden, ob ein ſubjektiv öffentliches Recht gewährt iſt oder nicht.

---

[1]) Apelt S. 96/97, cit.: ebenſo Fleiner, Anſchütz, Bernatzik u. a., a. M.: O. Mayer, Laband, Kormann u. a. Apelt S. 161, Bühler I S. 27 ff.

b) Die Klagbarkeit als Erkennungsmittel.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß es die Gesetze leider nur selten klar und unzweideutig aussprechen, wann sie ein subjektiv öffentliches Recht zur Entstehung gelangen lassen wollen. In der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle muß daher erst durch Betrachtung der leitenden Rechtsgedanken, durch Vergleich verwandter Gesetzesbestimmungen und durch Erforschung des Willens des Gesetzgebers festgestellt werden, ob an Stelle der bloßen Reflexwirkung ein subjektiv öffentliches Recht getreten ist. Es ist deshalb verständlich, daß oft die Meinungen über die Richtigkeit der Auslegung einer Vorschrift geteilt sind, und daß erst die mit Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbare Entscheidung oberster Gerichte eine zwangsweise Einigung herbeiführt. Solange es eben keinen kodifizierten Allgemeinen Teil des deutschen Verwaltungsrechts gibt, wird man sich damit abfinden müssen. Trotzdem kann das Hilfsmittel der letztrichterlichen Rechtsprechung nur als ultima ratio angesehen werden, und es bleibt in erster Linie Aufgabe der Wissenschaft, Richtlinien und Formeln zu finden, welche ein möglichst zweifelfreies Erkennen der subjektiv öffentlichen Rechte auch bei der jetzigen Fassung der Gesetze ermöglichen.

In all den Fällen, in welchen das Gesetz trotz Schaffung eines subjektiv öffentlichen Rechtes die Bezeichnungen „subjektiv öffentliches Recht", „Berechtigung", „Anspruch" u. a. nicht verwendet, läßt sich das Vorliegen einer Berechtigung am leichtesten dann feststellen, wenn der Gesetzgeber zum Schutze eines Interesses dem Interessierten Rechtsmittel gibt, die entweder in der Eröffnung des Rechtsweges selbst oder in gleicherweise wirksamen Verfahren bestehen. Denn nur bei echten Berechtigungen kann der Nutznießer wirksame Durchsetzungsmittel erhalten, dem von einer Reflexwirkung objektiven Rechtes Betroffenen stehen sie nicht zu. Da aber einerseits diese Schutzmittel bei subjektiv öffentlichen Rechten auch wieder beschränkt werden können, andererseits der Gesetzgeber seinen Willen, Berechtigungen zu schaffen, nur in einem Teil der Fälle durch Bezeichnung der eingesetzten Zwangsmittel kundgibt, so ist die Eröffnung des Klageweges für ein Interesse zwar stets ein sicheres Anzeichen für das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechtes, das Fehlen von Rechtsmittelvorschriften jedoch noch nicht der Beweis für das Nichtbestehen eines solchen.

Die Schwierigkeiten beginnen also erst dort, wo der Gesetzestext

weder die öffentliche Berechtigung als solche bezeichnet, noch von den notwendigen Durchsetzungsmitteln spricht.

c) Das freie Ermessen.

Oftmals ist der Tatbestand eines Rechtssatzes nicht eng und starr gefaßt, sondern enthält im Interesse einer verstärkten Anpassungsfähigkeit an die Erfordernisse der Praxis absichtlich sogenannte dehnbare Begriffe. Über das Vorliegen eines Bedürfnisses, von Zuverlässigkeit, dem Erforderlichsein von Mitteln, der Gefahr der Schädigung des Allgemeinwohls u. a. läßt das Gesetz die persönliche Auffassung der ausführenden Organe nach den Tatumständen entscheiden, dadurch die Verwirklichung der in dem Rechtssatz ausgesprochenen Rechtsfolgen von der subjektiven Ansicht des tätigwerdenden Beamten abhängig machend. In zahlreichen Fällen wird die Entscheidung aber auch geradezu dem „freien Ermessen" der Vollziehungsbehörde anvertraut. Es fragt sich nun, ob auf Grund solcher Sätze subjektiv öffentliche Rechte zur Entstehung gelangen können. Denn wenn das Ermessen der Behörden über die Anwendbarkeit einer Rechtsnorm im Einzelfall entscheiden darf, so ist damit der Tatbestand dieser Norm nicht mehr rein objektiver Natur, es kommt etwas Subjektives hinzu, das sich den Angriffen von Rechtsmitteln leicht entziehen kann.

Dazu ist festzustellen, daß freies Ermessen nicht etwa gleichbedeutend ist mit Willkür. Für alle Amtshandlungen gilt das aus dem Beamtendienstverhältnis entstehende oberste Gebot, unparteiisch und gewissenhaft im Interesse der Allgemeinheit, d. h. des Staates wie des Einzelnen zu handeln[1]. Die möglichen Ermessensfehler bestehen daher in mangelnder Sachlichkeit und mangelnder Sorgfalt[2].

Die dehnbaren Begriffe der Gesetzestatbestände und das freie Ermessen interessieren hier nur, soweit sie sich auf Handlungen der Verwaltungsorgane beziehen. Die Organe der Gesetzgebung sind in ihren Entscheidungen grundsätzlich frei. Bei den Rechtsprechungsorganen findet sich eine Freiheit der Entschließung nur auf dem Gebiet der Prozeßleitung; daß und wo hier Berechtigungen der Parteien gegen Ermessens-

[1] Bühler I S. 24. Wegen Definition des freien Ermessens vgl. W. Jellinek S. 36 und 89, wegen Literatur Bühler I S. 162/W. Jellinek S. 33.

[2] Vgl. Bühler I S. 170.

fehler bestehen, ergibt sich leicht aus der umfangreichen Gewährung von Rechtsmitteln in den Verfahrensordnungen[1]).

Für die nach freiem Ermessen zu treffenden Entscheidungen der Verwaltungsbehörden und für deren Stellungnahme zu dem Gegebensein eines dehnbare Begriffe enthaltenden Tatbestandes galt lange Zeit hindurch die Ansicht: Die Verwaltungsgerichte seien hier für eine Nachprüfung unzuständig, da auf Grund solcher Rechtsnormen kein subjektiv öffentliches Recht des Einzelnen entstehen könne[2]). Dabei ist niemals bestritten worden, daß der Staat ein Recht auf Erfüllung der Beamtenpflichten besitzt. Abgelehnt wurde nur die Berechtigung auf Seiten der Staatsbürger, was man damit begründete, daß die Gesetze mancher, besonders süddeutscher Staaten[3]) den Klageweg ausdrücklich ausschließen. Es bliebe den Interessenten danach als Schutzmittel nur die Aufsichtsbeschwerde, welche für sich allein keine Berechtigung zu begründen vermag; die stärkste Garantie wäre das pflichtgemäße Handeln der Behörde und schließlich der sich in der Verwaltungspraxis ausbildende Usus in der Entscheidung einzelner Fragen.

Dadurch, daß einzelne Gesetzgeber die Errichtung subjektiv öffentlicher Rechte bei Rechtssätzen, die das freie Ermessen zulassen, verweigert haben, ist jedoch nicht entschieden, ob nicht öffentlichrechtliche Berechtigungen in Ermessensfällen wenigstens möglich sind. Und das wird zu bejahen sein. Denn es ist nicht einzusehen, warum die Unparteilichkeit und Gewissenhaftigkeit der Behörden nicht ebenso der Nachprüfung durch den Betroffenen unterliegen sollte, wie ihre Fähigkeit, Rechtsnormen anzuwenden. Da eine solche Nachprüfung bereits seitens des Staates durch die Dienstaufsicht stattfindet, so würde ein durch Schaffung subjektiv öffentlicher Rechte gewährtes Klagerecht des Einzelnen in dieser Hinsicht nur eine Verstärkung des ihm bereits zustehenden, die Aufsicht des Staates in Bewegung setzenden Rechtsmittels der Aufsichtsbeschwerde darstellen.

Selbst wenn die Überprüfung der nach freiem Ermessen getroffenen Entscheidungen durch Verwaltungsgerichte ausgeschlossen ist, so ist dem Richter doch immer noch die Nachprüfung der Frage gestattet, ob die Verwaltungsbehörde im Einzelfall hat nach freiem Ermessen handeln

---

[1]) Vgl. Bühler I S. 26.

[2]) z. B. Fleiner noch 1914 vgl. a. a. O. I S. 29. Geändert 1927 vgl. a. a. O. II S. 27

[3]) Bayern, Württemberg, Baden.

dürfen, und ob sie die ihr dabei gezogenen Schranken nicht überschritten hat[1]. Aber auch eine Kontrolle des freien Ermessens ist in einzelnen Gesetzgebungen eingerichtet. Das preußische Landesverwaltungsgesetz[2] läßt bereits die Beschwerde gegen Polizeiverfügungen mit der Begründung zu, daß die tatsächlichen Voraussetzungen nicht vorhanden gewesen seien, die die Polizeibehörde zum Erlaß der Verfügung berechtigt haben würden. Da in der Beurteilung der tatsächlichen Voraussetzungen bereits eine Ermessensentscheidung liegt, ist damit auch praktisch der Satz durchbrochen, daß eine solche nicht nachprüfbar sei. Die weiteren Ermessensentscheidungen über Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit des Erlasses der Verfügung sind hier allerdings noch nicht nachprüfbar. Ein ähnlicher Fall findet sich im preußischen Zuständigkeitsgesetz § 47, wo die Notwendigkeit der angeordneten Reparaturen an Schulgebäuden der Kontrolle unterliegt. In einigen süddeutschen Gesetzen wird dem Enteigneten die Möglichkeit eröffnet, die Notwendigkeit der Enteignung für das Gemeinwohl nachprüfen zu lassen[3]. Damit ist auch im Gesetz die inzwischen von der Wissenschaft allgemein anerkannte[4] Ansicht bestätigt, das subjektiv öffentliche Rechte bei Rechtsnormen, deren Tatbestand das freie Ermessen zuläßt, möglich sind. Und auch in der Praxis der Verwaltungsgerichte läßt sich eine ständige Ausdehnung der durch sie ausgeübten Ermessenskontrolle feststellen.

Darüber, wann in den Rechtsnormen öffentlichrechtliche Berechtigungen geschaffen sind und woran man diese zu erkennen vermag, sind eine Reihe von Theorien aufgestellt worden. Von ihnen wurden die Berechtigungen des Staates wenig oder gar nicht berücksichtigt, da man sie entweder als Axiome bezeichnete oder weil man sie infolge der in früheren Zeiten besonders hervortretenden Übermacht des Staates widerspruchslos anerkannte, während die Berechtigungen des Einzelnen gegenüber dem Staat noch heftig umstritten waren, so daß ihre Untersuchung als nützlicher und dringender erschien.

---

[1]) Fleiner S. 245.

[2]) § 127. Ähnlich Verwaltungsrechtspflegeges. für Braunschweig § 6, Badisches Verwaltungsrechtspflegeges. § 4, II. Ges. für Lippe, betr. die sachliche Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte von 1898 § 1 Z. XIV, Staatsvertrag betr. Thür. OVG. Art. 16 (vgl. Fleiner S. 247).

[3]) Vgl. Bühler I S. 162.

[4]) Bühler II S. 27; Schoen S. 300; Fleiner S. 245 ff.; Richter S. 37, 41.

2. Die subjektiv öffentlichen Rechte des Staates.

a) Auf Grund der Verfassungsurkunde.

Zunächst die subjektiv öffentlichen Rechte des Staates. Dabei sollen ununtersucht gelassen werden diejenigen des Staates gegenüber anderen mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Rechtssubjekten. Die Berechtigungen aus dem Völkerrecht, sowie die Rechtsverhältnisse zwischen einem Staat und ihm untergeordneten Staaten oder öffentlichrechtlichen Körperschaften müssen als zu weitführend aus Betrachtungen ausscheiden, welche die Berechtigung im Verhältnis zur bloßen Reflexwirkung betreffen. Hier interessieren daher nur die Berechtigungen zwischen dem auf Grund der Staatsgewalt übergeordneten Staat und den eben dadurch untergeordneten einzelnen Staatsbürgern.

Der Staat hat, wie bereits dargelegt, zunächst das Recht auf Verwaltung, Gesetzgebung und Rechtsprechung.

Das für die Rechte des Staates gegenüber seinen Bürgern wichtigste Gesetz ist die Verfassungsurkunde. Sie steht ihrem Wesen nach den anderen Gesetzen gleich, doch hat sie bei Kollision des Inhalts als Staatsgrundgesetz den Vorrang[1]. Sie enthält Normen über die Organisation des Staates und über die sogenannten Grundrechte, und in ihr finden sich denn auch eine ganze Anzahl von Berechtigungen des Staates.

Die Sätze, welche die Organisation des Staates bestimmen, beziehen sich in der Hauptsache auf die Bildung und den Aufbau der wichtigsten staatlichen Organe. Berechtigungen des Staates schaffen sie bei der Festlegung seiner Zuständigkeit vor allem gegenüber innerstaatlichen Korporationen des öffentlichen Rechts, wie z. B. in der Reichsverfassung mit den Berechtigungen des Reiches gegenüber den Ländern oder der Kirche. Diese sind aus der Untersuchung bereits ausgeschieden worden. Aber auch gegenüber Einzelpersonen und juristischen Personen des Privatrechtes werden hier Berechtigungen, wenn auch meist von untergeordneter Bedeutung, gewährt. Wenn z. B. gemäß RV. Art. 81 alle deutschen Kauffahrtteischiffe eine einheitliche Handelsflotte bilden, so werden sämtliche Schiffseigentümer den diese Flotte betreffenden gesetzlichen Bestimmungen des Reiches, wie denen über die Handelsflagge u. a., unterworfen[2]. Da nach RV. Art. 96 alle

[1]) Vgl. Helfritz S. 85.

[2]) Vgl. Anschütz II S. 243.

Eisenbahnen den Zwecken der Landesverteidigung nutzbar gemacht werden können, so sind auch die privaten Eisenbahnunternehmungen an dahingehende Weisungen der staatlichen Organe gebunden[1]. Das Reich ist ermächtigt, sein Recht in diesen Fällen mit Hilfe von Zwangsmitteln durchzusetzen, die an Wirksamkeit eine Klage bei weitem übertreffen. RV. Art. 134 „alle Staatsbürger ohne Unterschied tragen im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten nach Maßgabe der Gesetze bei" gibt dem Staat die Berechtigung zur Erhebung von Abgaben; die Hauptbestimmung des Artikels ist allerdings nicht diese kodifizierte Feststellung eines gewohnheitsrechtlich bereits anerkannten Anspruches, sondern die an den Gesetzgeber gerichtete grundsätzliche Anweisung über die Verteilung der Lasten.

Weit wichtiger für den Staat sind die Berechtigungen, welche sich aus den Grundrechtsnormen und den diesen verwandten Bestimmungen der Verfassungsurkunde für ihn ergeben. Die Grundrechte sind entstanden als Sicherung der frühesten Berechtigungen der Staatsbürger gegenüber dem Staat; sie dienten deshalb zunächst nur den Interessen der Einzelnen. Aber indem sie der staatlichen Handlungsfreiheit Schranken setzten, entwickelten sich durch diese Begrenzung anderseits auch zugleich Berechtigungen des Staates. Dies läßt sich am besten erkennen, wenn man die Grundrechtsnormen nach den jeweils durch sie Verpflichteten teilt[2].

Die Grundrechte richten sich an den Staat, vertreten durch seine Organe, und entsprechend deren Aufgaben also an den Gesetzgeber, die Organe der Verwaltung und diejenigen der Rechtsprechung.

Unter den Grundrechtsätzen, welche sich an den Gesetzgeber richten, kann man solche verbietenden, gebietenden und erlaubenden Inhalts unterscheiden[2]. Die ersteren sichern dem Einzelnen eine vor Eingriffen des Staates freie Sphäre, da sie es dem Gesetzgeber untersagen, gemäß den in ihnen festgelegten Bestimmungen die freie Willensbetätigung und die Interessen der Staatsbürger zu berühren. Sie sind alle aktuell, d. h. unmittelbar geltendes Recht. Auch von den der Tätigkeit des Gesetzgebers gebietenden Rechtsnormen sind ein Teil gültige Bestandteile des objektiven Rechtes, ohne besonderer gesetzlicher Bestätigung zu bedürfen; andere jedoch stellen nur Programme für die künftige Gesetzgebung dar. Die erlaubenden Grundrechtssätze schließlich gewähren dem Gesetzgeber die Befugnis, tätig zu werden, ohne ihn

[1]) Vgl. Anschütz II S. 270.

[2]) Vgl. Helfritz S. 87 ff.

jedoch hierzu zu verpflichten. Hauptinteressierter und damit wichtigster Nutznießer dieser Normen ist die Gesamtheit der Einzelnen, das Volk, also der Staat, und ihm ist, wenn überhaupt eine Berechtigung aus den Gesetzen entspringt, diese auch gegeben. Dem interessierten Einzelnen ein subjektiv öffentliches Recht auf Erlaß von Gesetzen, welche durch Grundrechtsnormen vorgesehen sind, zu geben, geht nicht an, da bei jeder Staatshandlung, auch der Gesetzgebung, die Interessen einiger Staatsbürger mit Rücksicht auf diejenigen der Mehrzahl zurücktreten müssen; eine Berechtigung jedes Interessenten zur Klageerhebung würde daher auf das im geltenden deutschen Recht nicht bekannte[1] Institut der Popularklage hinauslaufen, nach welchem jedes Rechtssubjekt, ob berechtigt oder nicht, die Vollziehung der Gesetze verlangen kann. Einer Berechtigung des Staates gegenüber den Gesetzgebungsorganen würde nicht entgegenstehen, daß diese Organe ja ihn selbst vertreten, Verpflichtung und Berechtigung also in derselben Person zusammenfallen würden. Es wäre dies keine schwierigere Konstruktion als bei ähnlichen Fällen des Zivilrechts, wo Berechtigung und Verbindlichkeit bei Vereinigung in einem Rechtssubjekt infolge Erbganges, im ehelichen Güterrecht u. a. m. ebenfalls nicht zum Erlöschen kommen. Möglich ist also eine Berechtigung des Staates, geltend gemacht durch das Organ A gegen das Organ B, als Ausdrucksmöglichkeit desselben Staates[2]. Das Gesetzgebungsorgan ist heute in der Hauptsache das Parlament. Es bildet seinen Willen durch Abstimmung der einzelnen Parlamentsmitglieder. Eine das Handeln des Gesetzgebungsorgans beschränkende Berechtigung träfe daher das Handeln der einzelnen Abgeordneten. Diesen ist jedoch das Recht der freien Abstimmung verfassungsgemäß zugebilligt. Nur soweit andere Organe, wie der Reichspräsident, an der Gesetzgebung teilnehmen, ist durch Gewährung der Anklage vor dem Staatsgerichtshof[3] dem Staat ein Recht auf Befolgung der an die Gesetz-

---

[1]) Fleiner S. 253 weist auf einige Fälle hin, in denen etwas derartiges doch zugelassen ist, und zwar z.G. § 57, sowie die Einsprüche gegen die Wählerliste und gegen die Feststellung des Wahlergebnisses. Diese Ausnahmen berühren jedoch die Allgemeingültigkeit des Satzes, daß die Popularklage nicht zulässig ist, nicht.

[2]) Vgl. z. B. Jellinek S. 196, der ebenso deduziert und nur zuletzt das Vorhandensein eines Organs bestreitet, welches gegenüber dem von ihm als Beispiel gewählten Organ „Monarch" auftrete und in übrigen Pflichten, die niemanden berechtigen, für möglich hält.

Vgl. auch die Anfechtungsbefugnis usw. des Vorstandes einer Aktiengesellschaft gegenüber Beschlüssen der Generalversammlung, eine ähnliche Konstruktion bei juristischen Personen des Privatrechts (HGB § 271).

[3]) RV. Art. 59.

gebungsorgane gerichteten Grundrechtsnormen gegeben; in Anbetracht des geringen Anteils dieser Organe an der Gesetzgebung ist der Wert dieser Berechtigung jedoch unbeträchtlich. Gegenüber dem Parlament kann man daher nur von einer moralischen Bindung, im Sinne der durch die Verfassung gesetzten Richtlinien zu handeln, sprechen. Die einzige Möglichkeit für den Staat, die Durchsetzung dieser Normen zu befördern, besteht in der Schaffung eines richterlichen Nachprüfungsrechtes für die Übereinstimmung der erlassenen Gesetze mit der Verfassung; dieses würde sich auch nur auf die aktuellen Grundrechtsnormen beziehen. Ob ein solches Recht besteht, ist mangels gesetzlicher Bestimmungen im deutschen Recht jedoch nicht genügend geklärt und erst in neuerer Zeit durch die Rechtsprechung teilweise bejaht worden[1]. Es kann deshalb von einem subjektiv öffentlichen Recht des Staates aus den an den Gesetzgeber gerichteten Grundrechtsnormen nicht gesprochen werden.

Soweit sich die Grundrechtssätze an die Organe der Verwaltung wenden, sind sie sämtlich unmittelbare Bestandteile des objektiven Rechts, sind aktuell. Eine einzige Ausnahme findet sich hinsichtlich der von den Verwaltungsorganen zu erlassenden Rechtsverordnungen, da hier objektives Recht gesetzt wird, für welches die an den Gesetzgeber gerichteten programmatischen Grundrechtsnormen Bedeutung gewinnen können. Abgesehen davon verletzen die Verwaltungsbehörden, wenn sie dem Inhalt der an sie gerichteten Grundrechtssätze zuwiderhandeln, zwingendes Recht, und es wird noch zu untersuchen sein, ob die hierdurch in ihren Interessen benachteiligten Staatsbürger subjektiv öffentliche Rechte auf die Befolgung der Grundrechtsnormen haben. Der Staat jedenfalls hat, im Gegensatz zu den an den Gesetzgeber gerichteten Normen, hier ein wirksames Mittel, seine, d. h. die Allgemeininteressen wahrzunehmen. Die Organe der Staatsverwaltung bestehen aus Beamten, welche durch die Bestallung, einen Staatshoheitsakt auf Unterwerfung, ihren Vorgesetzten unterstellt werden. Jede Behörde ist der übergeordneten verantwortlich, die obersten Behörden sind die Hauptorgane des Staates. Somit enthält der Staat ein Herrschafts- und Gewaltverhältnis über seine Beamten, vermöge dessen er deren Handlungen leiten kann. Dies ist nicht etwa ein Mißbrauch, sondern gerade die Absicht und eine Notwendigkeit des Beamtenverhältnisses. Durch die Dienstaufsicht erwächst dem Staat auch nicht etwa auf Umwegen doch noch ein allgemeiner Gesetzesbefolgungsanspruch, denn der Staat besitzt dieses Recht ja nicht

[1] RGZ. 102, 164. Vgl. verneinend Anschütz II zur RV. Art. 102 und 70.

gegenüber allen Staatsbürgern, sondern nur gegen seine Beamten, und auch das nur, soweit diese dienstlich und nicht als Privatpersonen tätig werden. Gegenüber seinen höchsten Beamten, dem Reichspräsidenten (Staatspräsidenten), dem Ministerpräsidenten und den Ministern ist dem Staat ausdrücklich ein Klagerecht wegen Verletzung der Verfassungsbestimmungen gewährt[1], welches er wiederum durch andere Organe (Reichstag, Landtag) ausübt. Die Dienstaufsicht erstreckt sich auch auf die Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der getroffenen Entscheidungen, und somit besitzt der Staat gegenüber seinen unteren Verwaltungsorganen ein Mittel, die in seinem Interesse liegende Befolgung der Grundrechtsnormen, ausschließlich der den Erlaß und Inhalt von Rechtsverordnungen betreffenden nichtaktuellen, zu erzwingen. Die Wirksamkeit dieses Durchsetzungsmittel ist der einer Klage zum mindesten gleichzusetzen, und man wird daher das Vorliegen einer Berechtigung des Staates hier annehmen können. Zweifelhafter ist es, ob die Ministeranklage (Präsidentenanklage) ein solches gewährt. Soweit es sich um aktuelle Grundrechtsnormen handelt, wird man es bejahen können, denn deren Verletzung durch die obersten Organe ist in jedem Falle verfolgbar; eine Nachprüfung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit der von obersten Organen, im Reichsrecht also nach RV. Art. 48 durch den Reichspräsidenten, erlassenen Rechtsordnungen ist jedoch fraglich und mangels praktischen Vorkommens bisher auch durch die Rechtsprechung noch nicht entschieden.

Die an die Organe der Rechtsprechung gerichteten Grundrechtsnormen sind alle aktuell, da diese Organe nicht die Fähigkeit besitzen, Rechtssätze zu schaffen. Die Mitglieder der Justizbehörden nehmen nun hinsichtlich der Handlungsfreiheit eine Mittelstellung zwischen denen der Gesetzgebungsorgane und denen der Verwaltungsorgane ein. Sie sind als Beamte in ihrer Willensbestimmung dem Staat unterworfen, dieses Recht des Staates ist jedoch eingeschränkt durch die verfassungsmäßig anerkannte Unabhängigkeit des Richterspruches[2]. Der Richter ist darin, wie er einen Rechtsstreit entscheiden will, an keinerlei Weisungen seiner Vorgesetzten, sondern ausschließlich an das objektive Recht gebunden, das er nach bestem Vermögen und unparteiisch anzuwenden hat. Der Staat hat als Dienstvorgesetzter der richterlichen Beamten daher lediglich das Recht und die Pflicht, für einen geordneten Gang der Rechtsprechung zu sorgen, in der Hauptsache also gegen Rechtsbeugungen und Nach-

[1]) RV. Art. 59, Prß. V. Art. 58 usw.

[2]) RV. Art. 102, GVG. § 1.

lässigkeiten im Dienstbetrieb einzuschreiten[1]. Es stehen ihm hierfür die gleichen Machtmittel zur Verfügung wie gegenüber den Verwaltungsbehörden bezüglich der an diese gerichteten aktuellen Grundrechtssätze. Insofern besteht daher aus denselben Gründen wie bei jenen ein subjektiv öffentliches Recht des Staates auf Befolgung aller an die Organe der Rechtsprechung gerichteten Grundrechtsnormen.

b) Auf Grund anderer Rechtsnormen.

Außer diesen in den Verfassungsgesetzen geschaffenen Berechtigungen des Staates besteht eine große Anzahl weiterer in den Einzelrechtssätzen.

Man kann solche zunächst überall dort feststellen, wo der Staat durch das besondere Organ der Staatsanwaltschaft tätig werden darf; denn dann besitzt er zumeist ein vollständiges Klagerecht, welches wiederum nur die Folgeerscheinung einer Berechtigung ist. So kann der Staat seine, d. s. der Allgemeinheit, Interessen auf Unterdrückung verbrecherischer Handlungen und Besserung der zu deren Begehung neigenden Mitglieder des Staatswesens mit Hilfe des ihm gewährten Strafanspruches und seines Rechtes auf Unterbringung Gefährdeter und Verwahrloster in öffentlichen Erziehungs- und Arbeitsanstalten wahrnehmen. Auch da, wo die Staatsanwaltschaft in ein Verfahren einzugreifen ermächtigt ist, also z. B. bei der Entmündung bereits geschäftsfähiger Personen, den Ehesachen, dem Aufgebotsverfahren, ist ein Interesse des Staates derart geschützt, daß von dem Vorliegen eines subjektiv öffentlichen Rechtes gesprochen werden kann.

Aber auch sonst finden sich in den verschiedensten Gesetzen öffentlichrechtliche Berechtigungen des Staates. Hier ist zwar nicht immer der Klageweg gegeben, da dieser oftmals zu umständlich und ungeeignet wäre, den beabsichtigten Zweck zu erfüllen. Aber dann sind Verpflichtung und Berechtigung so ausgebaut, daß angesichts der gewährten Durchsetzungsmittel das Bestehen von subjektiv öffentlichen Rechten nicht verkannt werden kann.

Der in RV. Art. 134 niedergelegte Satz, daß die Staatsbürger zu den Lasten des Staates beizutragen haben, gewährt dem Staat einen Anspruch auf diese Lasten, welcher durch das Verwaltungszwangsverfahren und der Schaffung ähnlicher Ermächtigungen in den Steuergesetzen mit den notwendigen Machtmitteln für den Berechtigten ausgestattet ist. Bereits erwähnt wurde die Stellung des Staates gegenüber

[1]) Vgl. Anschütz II zu Art. 102.

seinen Beamten. Der Eintritt in das Unterwerfungsverhältnis erfolgt zwar freiwillig durch Bewerbung des Anwärters, daß jedoch ein solcher Staatshoheitsakt vom Staat vorgenommen werden darf, beruht auf der teils noch gewohnheitsrechtlich, teils in besonderen Gesetzen geschaffenen Erlaubnis. In dieser hat das den Beamten gegenüber entstehende subjektiv öffentliche Recht des Staates auf Treue, gewissenhafte Pflichterfüllung und Gehorsam seinen Ursprung. Als Mittel zu deren Erzwingung steht dem Staat die Befugnis zu, den Säumigen zu disziplinieren. Sofern nicht besondere Umstände, wie z. B. für die Dauer des Versailler Friedensinstruments dessen völkerrechtliche Vorschriften, eine anderweitige Regelung erfordern, erhält fast überall der Staat das mit Hilfe polizeilicher Zwangsmittel durchzusetzende Recht auf Militärdienste der waffenfähigen Staatsbürger und auf militärische Hilfsdienste der übrigen Bevölkerung. Das Interesse des Staates an der Unterbringung obdachloser Staatsbürger wurde in Zeiten der Not durch das ihm gewährte Recht geschützt, die Wohnungslosen zwangsweise in die am wenigsten ausgenutzten Wohnräume anderer Staatsbürger einzuweisen. Im Interesse der Überleitung der durch Kriegsverlust und Inflation zerütteten wirtschaftlichen Verhältnisse in gesündere Bahnen erhielt der Staat die Berechtigung, in privatrechtliche Verträge über Arbeitslöhne, Mieten und Kapitalsanlagen einzugreifen, und zwar darf er Richtlinien für den Inhalt (Tarife, Zwangsmiete) und die Erfüllung (Aufwertung) solcher Verträge aufstellen, mit der Wirkung, daß etwaige Abweichungen der Vertragspartner keinen Rechtsschutz genießen; dieses negative Schutzmittel der Erlaubnis zur Rechtsschutzversagung gegenüber dem Widerspenstigen garantiert die Durchsetzung der staatlichen Berechtigung vollkommen. Auch in den Rechtsnormen, welche zunächst in der Absicht errichtet sind, subjektiv öffentliche Rechte des Einzelnen zu schaffen, finden sich Berechtigungen des Staates, wenn nicht gar überhaupt Ausnahmen in besonderen Gesetzesbestimmungen gemacht werden. So ist die Vereinsfreiheit eingeschränkt durch die Bestimmung, daß der Zweck des Vereins oder der Gesellschaft nicht den Strafgesetzen zuwiderlaufen darf, und der Staat hat das Recht, hiergegen verstoßende Vereinigungen zwangsweise aufzulösen[1]. Die verfassungsmäßig garantierte Freiheit der Meinungsäußerung ist nur innerhalb der Gesetzesvorschriften ge-

[1] RV. Art. 124, Vereinsges. v. 19. 4. 08 (RGBl. S. 151) § 2, Republikschutzges. §§ 14 ff.

währt[1]), welche dem Staat die Berechtigung geben, bei Vergehen gegen das Strafrecht, Gefährdung der Sittlichkeit, Verrat militärischer Geheimnisse und Verstoß wider das Republikschutzgesetz die Meinungsäußerung zu unterdrücken. Und so finden sich noch zahlreiche andere Berechtigungen des Staates, die vollständig aufzuzählen aus den bereits genannten Gründen[2]) nicht möglich ist, angefangen beim Staatsangehörigkeitsgesetz[3]) und Freizügigkeitsgesetz[4]) bis hinunter zum Flaggengesetz für Kauffahrteischiffe[5]).

Die Bezeichnung subjektiv offentliches Recht ist allerdings in keinem Falle verwendet. Es ist daher oft schwierig, festzustellen, ob ein bestimmter Satz ein solches entstehen lassen will. Will man nicht, soweit eine solche vorhanden ist, die Rechtsprechung oberster Gerichte zur Entscheidung der Frage heranziehen, so ist in jedem Fall zu untersuchen, welche Durchsetzungsmittel dem Interesse des Staates gewährt sind. Hierbei sind die von der Wissenschaft aufgestellten Theorien von wesentlichem Nutzen; sie sind zwar hauptsächlich auf die subjektiv öffentlichen Rechte der Staatsbürger zugeschnitten und werden deshalb auch erst bei diesen behandelt werden, sie treffen jedoch in ihren Grundsätzen in gleicher Weise auf die Berechtigungen des Staates gegenüber dem Einzelnen zu.

3. Die subjektiv öffentlichen Rechte des Staatsbürgers.

a) Gegen den Mitbürger.

Die subjektiv öffentlichen Rechte des Einzelnen richten sich stets gegen den Staat oder mit öffentlicher Gewalt ausgestattete Personen. Oeffentlichrechtliche Berechtigungen des Staatsbürgers gegen den Staatsbürger kennt das heutige Recht im Allgemeinen noch nicht. Eine Ausnahme findet sich allerdings bereits, und zwar in RV. Art. 118 I, 2; hier wird das subjektiv öffentliche Recht des Staatsbürgers auf freie Meinungsäußerung auch gegen Privatpersonen errichtet[6]). Im all-

---

[1]) RV. Art 118.

[2]) Vgl. oben S. 26.

[3]) v. 22. 7. 1913 (RGBl. S. 583) §§ 22, 27, 28, 32.

[4]) v. 1. 11. 1867 (RGBl. S. 55) §§ 4, 5, 9.

[5]) v. 22. 6. 1890 (RGBl. S. 319) § 1.

[6]) Vgl. Anschütz II, Art 118, Anm. 3 und die dort angeführte Literatur. Vgl. Heilfron Bd. VI. S. 4260/1; Abg. Metzheimer „Gegenüber den sozialen Gewalten".

gemeinen verhält es sich jedoch heute noch so: Es ist zwar möglich, daß zwischen zwei Privatpersonen öffentlichrechtliche Beziehungen bestehen, z. B. auf Grund eines Vertrages, dessen Abschluß durch Normen des öffentlichen Rechts veranlaßt worden ist[1]. Als Beispiele hierfür nennt Apelt den Vertrag, welchen mehrere Triebwerksbesitzer, die an einem der öffentlichen Aufsicht unterliegenden Wasser mit Stauanlagen nutzungsberechtigt sind, gemäß § 19 des Badischen Wassergesetzes vom 26. 6. 1899 über die Wasserverteilung oder nach württembergischen Wasserrecht über die Grenzen der ihnen vom Staat verliehenen Nutzungen abschließen; fernerhin das von den Viehbesitzern einer Gemeinde über den Maßstab der zur Deckung der Kosten der gemeinschaftlichen Bullenhaltung erforderlichen Umlagen nach Art. 1 des bayrischen Gesetzes vom 5. 4. 1888 getroffene Abkommen. Diese Verträge sind nicht ausschließlich im Allgemeininteresse, sondern zunächst in dem der Vertragsteile geschlossen; sie werden[2] öffentlichrechtliche durch und in ihrer Beziehung zum Staat oder, wie Apelt unterscheidet, zu öffentlicher Gewalt, öffentlicher Verwaltung und öffentlichem Interesse, und mögen zwischen Staat und Vertragsschließenden auch subjektiv öffentliche Rechte zur Entstehung gelangen lassen. Aber im Verhältnis der privaten Vertragsteile zueinander gewähren sie nur privatrechtliche Ansprüche. Ebenso sind Verträge[3], die in allen rechtlichen Elementen den vom bürgerlichen Recht aufgestellten Vertragstypen entsprechen, denen aber außerdem eine besondere Regelung durch Normen des öffentlichen Rechts zuteil geworden ist, wie der Arbeitsvertrag der Gewerbeordnung, der Lehrvertrag zwischen Meister und Lehrling, der Jagdpachtvertrag, trotz der zwingenden Normen für Abschluß oder Inhalt als Privatrechtsverträge (Dienstvertrag, Pachtvertrag) anzusehen, aus denen keinerlei öffentlichrechtliche Berechtigungen zwischen den Vertragsschließenden entstehen.

b) Gegen den Staat.

Die subjektiv öffentlichen Rechte des Einzelnen gegen öffentlichrechtliche Korporationen unterliegen im allgemeinen denselben Regeln wie diejenigen gegen den Staat. Sie seien deshalb nicht besonders behandelt.

---

[1]) Vgl. Apelt S. 23.

[2]) Apelt S. 25, 124.

[3]) Apelt S. 133.

Unter den Normen, welche dem Einzelnen subjektiv öffentliche Rechte gegen den Staat verleihen, stehen ebenso wie bei denen, die dem Staat Berechtigungen gegenüber dem Staatsbürger geben, die Verfassungssätze obenan. Und zwar kommen als Ursprung öffentlichrechtlicher Berechtigungen des Einzelnen vor allem die Grundrechte in Betracht[1]). Der Zweck der Grundrechte war ursprünglich, dem Untertanen eine staatsfreie Sphäre zu schaffen, und zwar lediglich gegenüber den einstmals zu jedem Eingriff in die Interessen der Einzelnen berechtigten Verwaltungsorganen. Obwohl der heutige Staat gemäß dem Satz von der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nicht mehr in seinen Handlungen durch die öffentlichrechtlichen Berechtigungen der Staatsbürger nur beschränkt ist, sondern ja überhaupt ohne ausdrückliche Erlaubnis nicht tätig werden darf, gibt es jetzt noch keine Berechtigungen gegen die so gebundenen Organe der Gesetzgebung. Ein Klagerecht des Staatsbürgers auf Erlaß oder Inhalt von Gesetzen besteht nicht, selbst wenn sie in der Verfassung vorgesehen sind; soweit hier überhaupt Berechtigungen geschaffen sind, stehen sie dem Staat zu. Gegenüber den Organen der Rechtsprechung finden sich einige in den Verfahrensordnungen genau normierte Berechtigungen des Einzelnen, die Prozeßleitung und den Urteilsspruch betreffend, deren Schutzmittel Erinnerung, Einspruch, Beschwerde, Berufung und Revision sind.

c) Die Theorien.

Abgesehen von dieser Parallele zu den Untersuchungen über die subjektiv öffentlichen Rechte des Staates soll jedoch hier ein anderes Vorgehen gewählt werden. Es sind über System und Erkennungsmale der subjektiv öffentlichen Rechte des Einzelnen zahlreiche grundlegende Theorien aufgestellt worden, welche nicht übergangen werden dürfen. Die wichtigsten davon seien daher kurz betrachtet. Daß dabei noch an dieser Stelle ihre Auffassung des Wesens des subjektiv öffentlichen Rechtes gestreift werden muß, ist zu ihrem Verständnis unvermeidlich; es konnte dies, sollte Verwirrung und Wiederholung vermieden werden, nicht eher geschehen.

Die bedeutendste dieser Bearbeitungen stammt von G. Jellinek. Er betrachtet als Grundlage des subjektiv öffentlichen Rechtes die Staatsangehörigkeit, da öffentlichrechtliche Berechtigungen dem Einzelnen nur wegen seiner gliedlichen Stellung zum Staate gewährt würden. Das

---

[1]) Vgl. Helfritz S. 87 ff.

subjektiv öffentliche Recht erweitere den Rechtskreis der Persönlichkeit, welche damit eine Ausdehnung ihrer natürlichen, bisher sich in privatrechtlichen Berechtigungen erschöpfenden Freiheitsbetätigung erfahre[1]. Neben das Wollenbedürfen trete nun ein bisher auf dem Gebiet des öffentlichen Rechtes nicht vorhandenes Wollenkönnen[2]. Seine Definition des subjektiven Rechtes wurde bereits genannt[3]. Er betrachtet es als das durch Anerkennung menschlicher Willensmacht geschützte Interesse oder Gut und unterscheidet damit die formelle Seite der Berechtigung, die Anerkennung von der materiellen, dem Interesse im subjektiven und dem Gut im objektiven Sinn. Entsprechend trennt er die Möglichkeit, das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechtes zu erkennen, nach formalen und materiellen Gesichtspunkten. Bezüglich der ersteren weist er auf das Unzulängliche der ausdrücklichen Klagegewährung als Erkennungsmittel hin, da diese nicht in allen Fällen besonders ausgesprochen sei. Für ihn gilt es als formelles Kennzeichen für die Gewährung eines subjektiv öffentlichen Rechts[4], daß dem Individuum die Fähigkeit gegeben wird, Normen des öffentlichen Rechts in seinem Interesse in Bewegung zu setzen; und zwar dürfe nicht nur der Anstoß zum Tätigwerden vom Einzelnen ausgehen, wie z. B. bei der Strafanzeige, sondern der gesamte Verlauf der staatlichen Funktion müsse fortdauernd bis zu ihrem Ende durch den individuellen Willen bedingt sein[5]. Damit ist auch bereits gesagt, welche materiellen Vorbedingungen zum Vorliegen eines subjektiven Rechts er für erforderlich hält: Ein solches sei dann gegeben, wenn der Rechtssatz, aus dem es entspringen soll, nicht ausschließlich im Gemeininteresse, sondern auch und zwar überwiegend im Interesse des begünstigten Individuums gesetzt sei.

Er stellt einen negativen Katalog der öffentlichrechtlichen Berechtigungen insofern auf, als er eine Reihe von Beispielen für bloße Reflexwirkung benennt[6]. Und zwar gebe es keine subjektiv öffentlichen Rechte

a) der Einzelnen auf Grund von Sätzen der Verfassungsurkunden, welche künftige Gesetze versprechen; hier sei höchstens ausnahmsweise die Popularklage gegeben (Schweiz),

b) der Einzelnen, dort, wo sie den Anstoß zu staatlichen Hand-

---

[1]) a. a. O. S. 46 ff. [2]) a. M.: Richter S. 54 u. die dort aufgeführten Autoren.
[3]) Vgl. oben S. 16. [4]) Vgl. dazu die Kritik von Bühler I S. 48 Anm. 66.
[5]) a. a. O. S. 78. [6]) a. a. O. S. 71.

lungen ausschließlich im Gemeininteresse geben können, z. B. bei der Anzeige strafbarer Handlungen,

c) der Einzelnen, wenn sie nur im Gemeininteresse Objekt staatlicher Fürsorge werden; wie bei der Armenunterstützung,

d) der Einzelnen bei der Qualifizierung staatlicher Handlungen als öffentlich vorzunehmender; z. B. Öffentlichkeit der Parlamentsverhandlungen und Gerichtssitzungen,

e) der Einzelnen auf Benutzung öffentlicher Sachen und Anstalten, wie Straßen und Museen. Ausgenommen hiervon seien nur diejenigen, welche laut Statut zum Kontrahieren mit jedem verpflichtet sind, also Post, Eisenbahn, Theater, öffentliche Lohnfuhrwerke u.a.,

f) des Staates im Völkerrecht, z. B. auf Freiheit der Meere und internationalisierter Ströme, da hier nur vertraglich eine gegenseitige Behinderung ausgeschlossen sei.

Ein unbedingt sicheres Erkennungsmittel für jeden Einzelfall eines subjektiv öffentlichen Rechtes vermag er, wie auch alle übrigen Bearbeiter, nicht zu geben.

Systematisch teilt er die subjektiv öffentlichen Rechte des Einzelnen danach ein, aus welchem Zustand (status) der rechtlich anerkannten Persönlichkeit des Individuums sie entspringen[1]. Dabei unterscheidet er vier status:

1) Den passiven, in dem der Untertan noch ohne öffentlichrechtliche Persönlichkeit lediglich zu gehorchen habe.

2) Den negativen, in welchem dem Individuum bereits eine staatsfreie Sphäre, zunächst meist in Form von Grund- und Freiheitsrechten, gewährt sei. Er lasse als solcher das subjektiv öffentliche Recht auf Anerkennung und Wahrung dieser Sphäre zur Entstehung gelangen. Handlungen innerhalb der Freiheitssphäre seien keine Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Berechtigung des Handelnden, sondern für den Staat rechtlich unerheblich[2].

3) Den positiven, welcher dem Einzelnen subjektiv öffentliche Rechte gegenüber dem Staat gewähre. Dem Individuum erstehe die rechtlich geschützte Fähigkeit, positive Leistungen vom Staat zu verlangen, dem Staat erwachse die rechtliche Verpflichtung, im Einzelinteresse tätig zu werden. Die drei Grundansprüche des positiven status seien

der Rechtschutzanspruch, soweit Rechtschutz im Gesetz vorgesehen ist,

---

[1]) a. a. O. S. 81 ff. [2]) a. a. O. S. 103.

der Interessenbefriedungsanspruch, soweit der Staat dem Einzelnen einen Anspruch auf sein Tätigwerden im Individualinteresse gewährt hat, und
der Interessenberücksichtigungsanspruch, sofern die Interessen des Einzelnen denen der Allgemeinheit nicht zuwiderlaufen. Mit letzterem erkennt er in gewissem Grade das Bestehen eines allgemeinen Gesetzesbefolgungsanspruches an[1].

4) Den aktiven, durch den der Staatsbürger subjektiv öffentliche Rechte auf Organschaft, d. h. auf Anerkennung seiner Person als Staatsorgan und Zulassung zu den gesetzlich normierten Funktionen zwecks Teilnahme an der staatlichen Willensbildung erhalte[2]. Alle diese status gewähre der moderne Staat seinen Bürgern.

Anschütz[3] stimmt im allgemeinen Jellinek zu. Auch er erblickt in der Staatsmitgliedschaft den Ursprung aller öffentlichrechtlichen Berechtigungen und kennt subjektiv öffentliche Rechte des Einzelnen nur gegenüber der vollziehenden Gewalt. Er teilt sie ein in staatsbürgerliche (politische) und bürgerliche öffentliche Berechtigungen, von denen die letzteren wieder eine Leistung oder eine Unterlassung zum Inhalt haben können. In der weiteren Ausführung dieser Systematik schließt er sich Jellinek insofern an, als die politischen Rechte dessen aktivem, die bürgerlichen dem positiven und dem negativen status entsprechen.

Helfritz[4] bezeichnet als den entscheidenden Unterschied zwischen subjektiv öffentlichem Recht und subjektiv privatem Recht, daß bei jenem ein Rechtssubjekt mit öffentlicher Gewalt ausgestattet ist. Er lehnt das Bestehen eines allgemeinen Gesetzesbefolgungsanspruches nicht unbedingt ab[5]. Systematisch teilt er die öffentlichrechtlichen Berechtigungen des Einzelnen in staatsbürgerliche oder politische Rechte, öffentliche Rechte auf Leistungen und solche auf Unterlassungen ein, dabei die unglückliche Bezeichnung und Zusammenfassung der beiden letzteren als bürgerliche Rechte vermeidend. Auch diese Einteilung deckt sich mit den status Jellineks. Im einzelnen führt Helfritz als Beispiele des positiven status das Recht auf Rechtsschutz, auf Patentschutz, auf die Leistungen aus der Kranken-, Unfall-, Invaliditäts- und Altersversicherung sowie auf Benutzung bestimmter öffentlicher Einrichtungen und den Anspruch des

[1]) Vgl. oben S. 22. [2]) Wegen des Wahlrechts selbst vgl. G. Jellinek S. 159 und die Kritik Bühlers II S. 32. [3]) a. a. O. I S. 87.
[4]) a. a. O. S. 28 ff. [5]) a. a. O. S. 93.

Beamten auf Gehalt, für den negativen status die Grundsätze der Freiheit der Person, der Freizügigkeit, der Unverletzlichkeit der Wohnung, der freien Meinungsäußerung, insbesondere der Preßfreiheit, der Unverletzlichkeit des Briefgeheimnisses und schließlich der Freiheit des religiösen Bekenntnisses an.

Bühler[1] erachtet ein subjektiv öffentliches Recht des Einzelnen dann für vorliegend, wenn das durch die betreffende Bestimmung geschützte Interesse von der Rechtsordnung ausdrücklich oder implicite anerkannt ist. Der Anspruch könne auf ein Tun oder Unterlassen gerichtet sein[2]. Er stellt drei Sätze über die Vorbedingungen für das Entstehen eines subjektiv öffentlichen Rechtes auf: Es müsse die Rechtsnorm[3]

a) zwingenden Charakter tragen. Seine frühere Forderung, daß sie auch das freie Ermessen der Verwaltung bei ihrer Anwendung ausschließen müsse, läßt er mit Rücksicht auf die neuere Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts nunmehr fallen[4],
b) zu Gunsten bestimmter Personen oder Personenkreise, zur Befriedigung ihrer Individualinteressen und nicht nur im Interesse der Allgemeinheit erlassen sein,
c) im Interesse dieser Personen mit der Wirkung erlassen sein, daß sie sich sollen auf sie berufen können, mittels derselben ein bestimmtes Verhalten der Verwaltungsbehörden herbeizuführen.

Daß letztere Bedingung erfüllt ist, könne entweder dann angenommen werden, wenn das Gesetz ausdrücklich von Recht oder Anspruch des Staatsbürgers spricht, im übrigen hülfen nur die Mittel, welche den Sinn des Gesetzes erkennen lassen, also Motive und Protokolle, aber auch Ausführungsbestimmungen und Verfahrensvorschriften[5]. Regelmäßig lägen somit subjektiv öffentliche Rechte vor, wenn ein Verhalten des Staates zum geschützten Privaten selbst verlangt wird. Soll der Staat im Interesse des Privaten einem Dritten gegenüber tätig werden, so bedürfe es einer ausdrücklichen Bestimmung, um eine öffentlichrechtliche Berechtigung zur Entstehung gelangen zu lassen.

Fleiner erkennt keinen entscheidenden materiellen Unterschied zwischen Reflexwirkung objektiven Rechtes und subjektiv öffentlichem Recht an, da er einen allgemeinen Gesetzesbefolgungsanspruch bejaht, welcher der Reflexwirkung gewährt sei und selbst ein subjektiv öffent-

[1]) a. a. O. I S. 18. [2]) a. a. O. I S. 223. [3]) a. a. O. I S. 21, vgl. dazu die Kritik Richters S. 66. [4]) a. a. O. II S. 27. [5]) a. a. O. I S. 48.

liches Recht darstelle[1]. Daher sei nur ein formeller Unterschied in dem verschiedenen Grad des Schutzes vorhanden. In der Systematik schließt er sich Jellinek an. Wegen der Erkennungsmöglichkeit betont er, daß Klagbarkeit und Antragfordernis keine Sicherheit böten, da sowohl Verwaltungsklage als auch Rechtsbeschwerde nicht lediglich Berechtigungen schützten[2].

Wie aus der bereits angeführten[3] Definition Kelsens zu ersehen ist, verwischt dieser den Unterschied zwischen Rechtssatz und Berechtigung, indem er beide als in ihrem Wesen nicht so sehr voneinander verschieden erachtet. Der Unterschied liege nur in der Art der Betrachtungsweise. Daher sei die Berechtigung der Rechtssatz in seinem Verhältnis zur Einzelperson[4]. Was dem einen als Rechtssatz erscheine, erscheine dem Gegner als Rechtspflicht, und diese sei nichts anderes als der Rechtssatz in seiner Subjektivierung[5]. Ebenso unterscheiden sich nach ihm öffentliches und privates Recht nicht erheblich, da jede Rechtsnorm im Gemeininteresse erlassen sei, und von vornherein die Möglichkeit, sie im Individualinteresse anzuwenden, nicht ausgeschlossen sei[6]. Er lehnt Jellineks Konstruktion der subjektiv öffentlichen Rechte ab, insbesondere die Anschauung, daß eine öffentlichrechtliche Berechtigung das Wollendürfen durch Wollenkönnen erweitere[7]. Der Anspruch richte sich gegen das unrichtig handelnde Organ, der Staat selbst besitze stets den Willen, die Gesetze zu befolgen; dabei unterläßt er es, darzulegen, wer diesen Willen des Staates bildet, wenn nicht das Organ. Den Unterschied zwischen subjektiv öffentlichem Recht und bloßer Reflexwirkung erblickt er darin, daß bei einer Verletzung der letzteren es sich nur um eine Nichterfüllung einer Staatspflicht handle, während im anderen Falle auch noch einer Pflicht seitens eines anderen Subjektes nicht genügt werde[8]. Rechtsmittel seien wegen Nichtanwendung eines Rechtssatzes in beiden Fällen möglich, sogar die Verwaltungsklage sei auch für Reflexwirkung gewährt; deren Gegebensein biete deshalb kein sicheres Erkennungsmittel. Ein solches sei dagegen die Antragsfordernis[9]. Überall dort,

[1]) a. a. O. S. 167. Im Gegensatz dazu wohl S. 154, vgl. oben S. 42.
[2]) a. a. O. S. 222, 244. [3]) Vgl. oben S. 22.
[4]) a. a. O. S. 618, 655 ff., vgl. dazu die Kritik Bühlers u. a. bei Bühler I S. 18 A. 33. [5]) a. a. O. S. 311, 435. [6]) a. a. O. S. 269.
[7]) a. a. O. S. 632, 655. [8]) a. a. O. S. 662.
[9]) a. a. O. S. 660.

wo bereits zur Anwendung der Norm die Willenserklärung eines Einzelnen vorgesehen ist, entstehe ein subjektiv öffentliches Recht. So gewähre beispielsweise der Satz, daß auf eine gewisse Anzahl Einwohner eine Schule komme, falls die Gemeinde zustimme, es verlange oder beantrage, dieser ein subjektiv öffentliches Recht. Ebenso seien die Ansprüche auf Verleihung einer Gewerbekonzession, auf Gewährung von Armenunterstützung u. a. öffentlichrechtliche Berechtigungen, da zu ihrer Geltendmachung ein Antrag erforderlich ist. Gerade die letzte Folgerung zeigt jedoch die Nichteignung der Antragserfordernis als Erkennungsmittel subjektiv öffentlicher Rechte, denn daß Armenunterstützung nicht gefordert werden kann, ist wohl allgemein anerkannt.

Richter erblickt ebenfalls den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht darin, daß bei jenem die beteiligten Rechtssubjekte Träger öffentlicher Gewalt sind. Der Zweck der Berechtigung, insbesondere, in wessen Interesse sie gewährt sei, interessiere die Rechtsordnung nicht[1]. Der nur von einer Reflexwirkung Betroffene sei an dem Rechtsverhältnis weder verpflichtet noch berechtigt beteiligt; es gehe an seiner Person vorüber[2]. Solche Reflexwirkung liege meist bei Fürsorgeakten des Staates vor[3].

Vergleicht man alle diese Bearbeitungen, so erscheint diejenige G. Jellineks als die Eingehendste und Zutreffendste. Abgesehen von seiner Anerkennung eines allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruches und damit der Erhebung der bloßen Reflexwirkung objektiven Rechts zu einer Berechtigung, aus welcher ein Interessenbefriedigungsanspruch erwachse, wird man seinem System der subjektiv öffentlichen Rechte des Einzelnen und den von ihm gefundenen Erkennungsmitteln für das Vorliegen öffentlichrechtlicher Berechtigungen durchaus zustimmen können. Alle anderen Theorien schließen sich entweder ihm an, ohne jedoch das System so weit auszubauen wie er, oder sie weisen doch erhebliche Schwächen in ihrem Aufbau und Folgerungen auf.

Als System der öffentlichrechtlichen Berechtigungen des Staatsbürgers sei daher das Jellinek'sche der vier status übernommen.

Und doch vermag auch Jellinek es nicht, die für die Praxis so dringend notwendigen, in jedem Einzelfall das sichere Erkennen eines subjektiv öffentlichen Rechtes gewährleistenden Mittel zu benennen.

---

[1]) a. a. O. S. 31 ff.

[2]) a. a. O. S. 76.

[3]) a. a. O. S. 82.

Seine Regeln sind, obwohl die besten bisher aufgestellten, doch nur für die Mehrzahl der Fälle erfolgversprechend. Sein Katalog der hervorragendsten Fälle bloßer Reflexwirkung gibt nur Beispiele, ohne vollständig sein zu wollen. Es bleibt nichts übrig, als im Zweifelsfall den Ausbau von Berechtigung und Verpflichtung, insbesondere der gewährten Durchsetzungsmittel zu untersuchen, oder, mit Jellinek gesprochen, zu prüfen, ob dem Individuum die Fähigkeit gegeben ist, Sätze des öffentlichen Rechts in seinem Interesse derart in Bewegung zu setzen, daß der gesamte Verlauf der staatlichen Funktion bis zu ihrem Ende durch den individuellen Willen bedingt ist, und ferner nach der materiellen Seite hin, ob der in Frage stehende Rechtssatz überwiegend im Interesse des begünstigten Individuums erlassen ist.

Daß sich, gerade bei der letzteren Nachprüfung, infolge der mitunter bewußt weiten Fassung der Gesetzestexte gar oft verschiedene Deutungen desselben Rechtssatzes ergeben, ist ein schwerwiegender, aber nicht zu vermeidender Nachteil. Es hilft der Praxis dann schließlich häufig die reichhaltige sich stets vermehrende Rechtsprechung oberster Gerichte, ein Hilfsmittel, das zwar letztlich ausschlaggebend ist, der Wissenschaft aber allein für sich nicht als befriedigend erscheinen kann. Solange es im deutschen Recht keinen Allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts gibt, besteht für eine grundlegende Besserung auch keine Aussicht.

D. Zusammenfassung.

Zusammengefaßt mag das Ergebnis der Arbeit in folgenden kurzen Sätzen werden:

Subjektiv öffentliche Rechte sind für den Staat notwendig, für den Staatsbürger möglich. Es besteht kein allgemeiner Gesetzesbefolgungsanspruch. Grundsätzlich trifft den Nutznießer einer öffentlichrechtlichen Norm nur Reflexwirkung; diese ist für ihn nicht wertlos, da eine Reihe von Umständen und Hilfsmitteln ihm deren Genuß sichern. In einzelnen Fällen wird die Reflexwirkung durch Gewährung eines subjektiv öffentlichen Rechts für den Begünstigten ersetzt. Das Vorliegen einer solchen Berechtigung ist zwar oft, jedoch nicht immer zweifelsfrei festzustellen.

Lebenslauf.

Als Sohn des Fabrikbesitzers Karl Lemor und seiner Ehefrau Margarethe, geb. John bin ich am 18. November 1904 geboren, und besitze die preußische Staatsangehörigkeit. Ich besuchte das Realgymnasium am Zwinger zu Breslau und bestand Ostern 1923 dort die Reifeprüfung. Dann studierte ich Jura in Breslau, Kiel und Heidelberg. Im März 1927 bestand ich am Oberlandesgericht in Breslau das Referendarexamen. Seit Juli 1927 bin ich im Oberlandesgerichtsbezirk Breslau als Referendar beschäftigt, und zwar zunächst bei der Staatsanwaltschaft, dann beim Amtsgericht und augenblicklich, im Oktober 1928, beim Landgericht in Breslau.